

Ehelichkeitsanfechtung und ordre public

Edith Leiske

1963.

Ehelichkeitsanfechtung und ordre public

Rechtsvergleichende Studie zum nationalen Vorbehalt
in Artikel 18 Absatz 2 EG BGB

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität zu Frankfurt am Main



vorgelegt von
EDITH LEISKE
aus Leipzig

1965

Erstgutachter: Professor Dr. Dr. Dr. h. c. Wolfram Müller-Freienfels

Zweitgutachter: Professor Dr. Heinrich Kronstein

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juli 1963



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546707_0033

Gesamtherstellung: Druckerei Hugo Haßmüller, Frankfurt am Main

EINFÜHRUNG

Gegenstand der Untersuchung	7
-----------------------------------	---

ERSTER TEIL

Darstellung der Sonderanknüpfung in Artikel 18 II EGBGB	9
1. Denkbare Anknüpfungsmöglichkeiten im Recht der ehelichen Kindschaft	9
2. Die regelmäßige Anknüpfung für die eheliche Kindschaft im deutschen Internationalen Privatrecht	11
3. Die Sonderbehandlung der Ehelichkeitsanfechtung in Artikel 18 II und der Zusammenhang dieser Einfügung mit der Änderung des materiellen Rechts der Ehelichkeitsanfechtung	12
4. Reichweite der Verweisung auf das deutsche materielle Recht in Artikel 18 II	13
5. Wandlung des materiellen deutschen Rechts	15
6. Notwendigkeit einer Überprüfung von Artikel 18 II	17

ZWEITER TEIL

Prüfung der Sonderregelung in Artikel 18 II	18
1. Maßstab der allgemeinen Anknüfungsprinzipien	18
a. Das Ziel des Entscheidungseinklangs	18
b. Das Prinzip der Unwandelbarkeit des Statuts	19

c. Das Erfordernis einer einheitlichen Anknüpfung	20
d. Das Gebot der Beachtung der Familieneinheit	21
e. Das Gebot der Gleichbehandlung von Mann und Frau und die Beachtung der Kindesinteressen	23
2. Der Vorbehalt zugunsten des deutschen materiellen Rechtes in Artikel 18 II und der Maßstab des ordre public-Vorbehalts	25
a. Charakterisierung der speziellen Vorbehaltsklauseln als Verkörperung des allgemeinen ordre public-Gedankens	25
b. Kritische Untersuchung der ordre public-Lehren	29
c. Stellungnahme zur Frage des ordre public-Gehalts der Klausel ..	43
aa. Überprüfung einiger ausländischer Rechtsordnungen nach vergleichbaren Lösungen	44
bb. Verneinung der Notwendigkeit eines speziellen ordre public- Vorbehalts zugunsten der Ehelichkeitsanfechtungsnormen ..	53
3. Die Bevorzugung der deutschen Staatsangehörigkeit in Artikel 18 II und der Maßstab der solution politique	56
a. Die politische Tendenz in Artikel 18 II zum Schutze eigener Staatsangehöriger	56
b. Politische Motive in der Normalanknüpfung	57
c. Ordre public-Vorbehalt zugunsten politischer Interessen	57
d. Der Grundsatz des politischen Interesses	58
e. Ablehnung der „solution politique“ als Umgehung der Voraus- setzungen des ordre public-Vorbehalts	59
Ergebnis	62
Abkürzungsverzeichnis	65
Literaturverzeichnis	67
Lebenslauf	73
31	
32	

EINFÜHRUNG

Gegenstand der Untersuchung

Die Reform des deutschen Familienrechts, die das Gleichberechtigungsgebot nach dem Auftrag des Grundgesetzes zu verwirklichen hatte, ging am Internationalen Privatrecht bewußt vorüber¹⁾. Die umstrittene Meinung, ein Einfluß des als rein materiell angesehenen Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau auf das als formell bezeichnete Kollisionsrecht sei nicht vorhanden²⁾, hatte sich der Gesetzgeber zu eigen gemacht.

Der „Deutsche Rat für Internationales Privatrecht“ hat sich der im Windschatten der Reform gebliebenen Kollisionsnormen in seinen Beratungen

¹⁾ Vgl. die Begründung zum Entwurf II eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, Deutscher Bundestag 2. WP, Drucksache 224, S. 27, Vorb. zu Art. 1. Der Entwurf I der Bundesregierung zum Gleichberechtigungsgesetz hatte zwar gewisse Änderungsvorschläge für die familienrechtlichen Kollisionsvorschriften enthalten, aber die Untersuchung, ob das geltende Recht mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung im Einklang stehe, auf die Rechtslage bei Anwendung deutschen Rechts beschränken wollen (Deutscher Bundestag, 1. WP, Drucksache 3802, S. 85, Begründung zu Art. 1).

²⁾ Bejahend: Dölle, Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, 40; in: Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung, 1955, 664; Hübner, 14. Beiheft zur DRZ 1950, 93; Vorläufige Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, RabelsZ 18 (1953) 119 f; Neumayer, AcP 152 (1952/53) 335 ff; Massfeller, STAZ 1953, 77; Esser, JZ 1953, 524; Hagemeyer, NJW 1953, 605; Soergel-Kegel 8. Aufl. 1955, Vorb. vor Art. 13—23 EGBGB; BGH FamRZ 1954, 16 ff = NJW 1954, 837; BGH FamRZ 1957, 49 f; OLG Braunschweig FamRZ 1955, 258 f; Ferid, Festschrift für Hans Dölle, Band II, 1963, 136 f.

Verneinend: Braga, MDR 1952, 268; Beitzke, JR 1952, 141 ff; in: Die Grundrechte, Band II, 199 ff; Neuhaus, JZ 1952, 523 f; RabelsZ 20 (1955) 55; Makarov, RabelsZ 17 (1952) 382 ff; Müller-Freienfels, JZ 1957, 142; Siegrist, RabelsZ 24 (1959) 71 ff.

angenommen³⁾); seine Vorschläge wird auch das Parlament nicht übersehen können⁴⁾).

Die Diskussion über die deutschen Regeln des Internationalen Privatrechts ist somit neu belebt. Die vorliegende Untersuchung soll sich der Überprüfung einer einzelnen Bestimmung des deutschen Kollisionsrechts widmen. Sie soll den Wirkungsbereich des Artikels 18 II EGBGB zu erkennen suchen und seine Berechtigung erwägen, indem sie diese Bestimmung in ihrer Fragestellung und Problemlösung mit Regeln einiger ausländischer Rechtsordnungen mißt.

³⁾ Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts, vorgelegt im Auftrag der Eherechtskommission des deutschen Rates für internationales Privatrecht von Lauterbach, 1962; die das internationale Kindschaftsrecht betreffenden Stellungnahmen des Rates sind noch nicht veröffentlicht.

⁴⁾ Vgl. den Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften — Familienrechtsänderungsgesetz —, Deutscher Bundestag, 3. WP zu Drucksache 2812, S. 8.

ERSTER TEIL

Darstellung der Sonderanknüpfung in Artikel 18 II EGBGB

1. Denkbare Anknüpfungsmöglichkeiten im Recht der ehelichen Kindschaft

Absatz 1 des Artikels 18 EGBGB überläßt die Beurteilung der ehelichen Abstammung eines Kindes den deutschen Gesetzen, wenn der Ehemann der Mutter im Zeitpunkt der Kindesgeburt (oder bei seinem Tode, falls er vorher starb) Deutscher war. Dagegen verweist Absatz 2 des Artikels 18 hinsichtlich der Anfechtung der Ehelichkeit auch dann auf die deutschen Gesetze, wenn nur die Mutter Deutsche ist (oder bei ihrem Tode Deutsche war), und die Anfechtung der Ehelichkeit vor dem Zeitpunkt der Volljährigkeit des Kindes erfolgt.

Artikel 18 II bestimmt somit eine Sonderanknüpfung für eine Teilfrage aus dem Problembereich der ehelichen Abstammung eines Kindes. Will man diese Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit der Mutter beurteilen, bedarf es zunächst einer Betrachtung der regelmäßigen Anknüpfung, von der diese Ausnahme gemacht wird. Denn es kann für die kritische Untersuchung der Ausnahme von Bedeutung sein, wie die regelmäßige Anknüpfung gewählt ist. Eine in einzelnen Beziehungen unbefriedigende Normalanknüpfung, die nicht allen schützenswerten Interessen der Beteiligten gerecht wird, kann eine korrigierende Sonderregelung notwendig machen. Und eine angreifbare Ausnahmeregelung kann von der Anfechtbarkeit der generellen Bestimmung abhängen. Fordert daher bei einem komplexen Rechtsverhältnis, für das die richtige Anknüpfung mit Schwierigkeiten gefunden wird, die Ausnahmeregelung zur Kritik heraus, so liegt es nahe, den Grund für diese auch in der generellen Anknüpfung zu suchen. Und je komplizierter die Struktur des materiellen Rechtsverhältnisses ist, für das eine Kollisionsnorm gesucht wird, desto größer wird die Zahl der Berührungspunkte, die für eine Anknüpfung in Betracht kommen.

Es ist demnach auch für die kritische Betrachtung der Sonderanknüpfung

in Artikel 18 II wichtig, ob die Normalanknüpfung einen materiell vielschichtigen Problemkreis betrifft.

Für die Frage der Ehelichkeit eines Kindes gibt es eine reiche Auswahl an Anknüpfungsmöglichkeiten.

An der Ehelichkeit eines Kindes, ihrer Bejahung oder Verneinung, sind mehrere Personen interessiert: das Kind selbst, der Ehemann der Mutter, die Mutter, der etwa vorhandene außereheliche Erzeuger des Kindes, die Verwandten des Ehemannes und der Ehefrau. Sind diese Beteiligten von unterschiedlicher Staatsangehörigkeit oder haben sie ihren Wohnsitz in verschiedenen Staaten, so können Beziehungen zu mehreren Rechtsordnungen bestehen.⁵⁾

So deutet das Interesse des Kindes an der Aufklärung seines Status, an seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie oder dem Ausschluß von ihr, auf eine Heranziehung des Rechts desjenigen Staates hin, dem das Kind angehört (hierbei kann an die Zugehörigkeit entweder auf Grund der Staatsangehörigkeit oder auf Grund des dauernden Wohnsitzes gedacht werden). Da der Ehemann der Mutter an der Klarheit darüber interessiert ist, ob das Kind, das seine Frau geboren hat, von ihm oder von einem anderen Mann abstammt, ob er diesem Kind gegenüber zu Recht unterhaltspflichtig ist, wäre auch an eine Anwendung des Heimatrechts des Ehemannes zu denken. Aber auch die Heranziehung des Heimatrechts der Mutter wäre zu erwägen, weil die Frage der Ehelichkeit ihres Kindes in erheblichem Maße auf den Bestand ihrer Ehe Einfluß hat. Es könnte auch die Anwendung des Heimatrechts des außerehelichen Erzeugers eines Kindes, das von der Ehefrau eines anderen Mannes geboren wird, erwogen werden, da die vermutete Ehelichkeit des Kindes ihm die Möglichkeit vorenthält, es zu legitimieren und in seine Familie einzugliedern. Die Verwandten des Ehemannes haben insofern ein Interesse an der Ehelichkeit oder Nichteelichkeit des Kindes, das die Ehefrau geboren hat, als das Kind, das nicht von dem Ehemann abstammt, dessen Ehelichkeit aber nicht angefochten ist, ihr Unterhaltsrecht und später ihr Erbrecht schmälern kann; und die Verwandten der Ehefrau sind an der Ehelichkeit des Kindes interessiert, weil sie für ein uneheliches Kind ihrer Verwandten unter Umständen unterhaltspflichtig sein können; insofern kommt auch eine Anknüpfung an ihr Heimatrecht in Frage.

⁵⁾ Das Interesse dieser beteiligten Personen an der Anwendung des „eigenen Rechts“ beruht darauf, daß die ihnen nächste Rechtsordnung am besten geeignet ist, gerade über diese persönlichen Fragen zu entscheiden — wobei hier nicht entschieden werden kann, ob die Nationalitätszugehörigkeit oder die Wohnsitzbeziehung bevorzugt werden soll.

Im Gegensatz zu dieser individualisierenden Beachtung der verschiedenen Interessen der einzelnen Beteiligten wäre auch daran zu denken, die Frage der Ehelichkeit einem einheitlichen Familienstatut zu unterstellen. Dabei ist es zunächst ohne Bedeutung, ob dieses sich nach dem Heimatrecht des Ehemannes als Familienoberhaupt, dem Recht der gemeinsamen jetzigen oder früheren Staatsangehörigkeit der Familienmitglieder oder dem Recht des gemeinsamen Familienwohnsitzes richten soll. Es wäre schließlich zu überlegen, die Ehelichkeit als Folge des Eheschließung anzusehen und sie dem Ehwirkungsstatut zu unterstellen.

Abgesehen von der Zuweisung an eine bestimmte Rechtsordnung ist bei der Anknüpfung für die Frage der Ehelichkeit noch zu klären, auf welchen Zeitpunkt es dabei ankommen soll — auf die Eheschließung der Eltern, die Erzeugung des Kindes, die Geburt des Kindes, die Anfechtung der Ehelichkeit. Die Berücksichtigung der Heirat der Eltern führte zu einer einheitlichen Rechtsordnung, die für alle Kindschaftsfragen der Abkömmlinge zuständig wäre; gegen die Beachtung des Zeitpunktes der Erzeugung spricht dessen schwere Feststellbarkeit; für die Anknüpfung an den Geburtstermin hingegen dessen Eindeutigkeit; gegen die Berücksichtigung des Zeitpunktes der Ehelichkeitsanfechtung spricht die Gefahr, die Anknüpfung werde sich wandeln, wenn Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit der Beteiligten sich nach der Geburt des Kindes verändert haben (möglicherweise sogar in fraudem legis).

2. Die regelmäßige Anknüpfung für die eheliche Kindschaft im deutschen Internationalen Privatrecht

Aus dieser Skala von Anknüpfungsmöglichkeiten wählte das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in seiner ursprünglichen Fassung des Artikels 18 für die Voraussetzung ehelicher Abstammung uneingeschränkt das Recht des Staates, dem der Ehemann der Mutter angehört. (Dies war allerdings nur in der Form einer einseitigen Kollisionsnorm bestimmt, denn dem Wortlaut nach war nur der Fall geregelt, daß der Ehemann Deutscher war. Artikel 18 muß jedoch allgemeiner Meinung nach als zweiseitige Kol-

¹⁾ Gutzwiller, Internationalprivatrecht, 1930, 1644; Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht, 1931, 129; Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, 342; M. Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954, 213; Kegel, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1964, 308; Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1962, Anm. 2 zu Art. 18.

lisionsnorm ausgelegt werden ¹⁾). Die Wirkungen ehelicher Kindschaft fanden in Artikel 19 eine gesonderte Behandlung.

Die Anknüpfung an das Heimatrecht des Ehemannes war vom Standpunkt des Gesetzgebers des Jahres 1900 aus konsequent, der auch im materiellen Recht den Ehemann als Familienoberhaupt ansah ²⁾).

3. Die Sonderbehandlung der Ehelichkeitsanfechtung in Artikel 18 II und der Zusammenhang dieser Einfügung mit der Änderung des materiellen Rechts der Ehelichkeitsanfechtung

Das „Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen“ vom 12. April 1938 fügte Artikel 18 einen zweiten Absatz hinzu, der noch heute geltendes Recht ist. Entgegen der regelmäßigen Anknüpfung an das Heimatrecht des Ehemannes verweist er bei deutscher Staatsangehörigkeit der Mutter für die Frage der Ehelichkeitsanfechtung auf deutsches Recht, auch wenn der Ehemann der Mutter Ausländer oder Staatenloser ist.

Was mit dieser Gesetzesänderung erreicht werden sollte, läßt sich nur verstehen, wenn man beachtet, daß in demselben Gesetz nicht nur das Kollisionsrecht, sondern auch das materielle Recht der Ehelichkeitsanfechtung geändert wurde. Und zwar gab der neu eingeführte § 1595 a BGB dem Staatsanwalt das Recht, die Ehelichkeit eines Kindes in dessen oder im öffentlichen Interesse anzufechten, wenn der Ehemann der Mutter die Ehelichkeit nicht binnen eines Jahres angefochten hatte oder tot bzw. unfindbar war. Zuvor hatte nur der Ehemann ein Anfechtungsrecht. Die Übertragung des Anfechtungsrechts auf den Staatsanwalt sollte dem Staat einen Einfluß auf die Gestaltung der Familienverhältnisse gestatten; nach der amtlichen Begründung hatte die Familie eine hervorragende Bedeutung im neuen Staate als Urzelle des Gemeinschaftslebens gewonnen ^{2a)}). Und es war mit damaliger Rechtsauffassung unvereinbar, wenn wegen des Ablaufs der Anfechtungsfrist die Ehelichkeit eines Kindes nicht mehr angegriffen werden konnte, obgleich feststand, der Erzeuger gehöre einer anderen Rasse als der Ehemann an ³⁾). Deswegen betonte die Begründung das öffentliche Interesse an einer Klarstellung der wirklichen Abstammung.

²⁾ Vgl. Kipp-Wolff, Das Familienrecht, 7. Aufl. 1931, 107.

^{2a)} Begründung zu dem Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. April 1938, Deutsche Justiz 1938, 619.

³⁾ aaO S. 619 f.

Artikel 18 II sollte die Anfechtungsbefugnis des Staatsanwalts auf Fälle erweitern, in denen der Ehemann der Mutter Ausländer war, um die Sippen- und Rassenzugehörigkeit des Kindes zu klären ⁴⁾. Als charakteristisch galt folgender Fall: Eine Deutsche heiratet einen Ausländer. Während der Ehe kommt ein Kind zur Welt, das die Mutter im Ehebruch von einem deutschen Mann empfangen hat. Der Ehemann läßt sich wegen des Ehebruchs der Frau scheiden, geht in sein Heimatland zurück, ohne vorher die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben (sei es aus Unkenntnis, sei es aus Gleichgültigkeit, sei es, weil sein Heimatrecht ihm kein Anfechtungsrecht gibt). Er zahlt keinen Unterhalt für das Kind. Der deutsche Erzeuger des Kindes ist bekannt und zwar zahlungsfähig, aber nicht unterhaltspflichtig. Heiratet die Mutter den Erzeuger des Kindes, so ist eine Legitimation des Kindes durch nachfolgende Eheschließung seiner Eltern nicht möglich, weil es als eheliches Kind des früheren Ehemannes seiner Mutter gilt.

Mit diesem Ergebnis wollte sich der deutsche Gesetzgeber des Jahres 1938 nicht zufrieden geben; er hielt in einem solchen Falle die bedingungslose Anwendung des Rechts des Ehemannes für nicht vereinbar mit der — damaligen — deutschen Auffassung der Rassen- und Sippenzugehörigkeit eines Menschen ⁵⁾.

4. Reichweite der Verweisung auf das deutsche materielle Recht in Artikel 18 II

Artikel 18 II verweist hinsichtlich sämtlicher Fragen der Ehelichkeitsanfechtung auf deutsches Recht, nicht nur auf die Anfechtungsbefugnis des Staatsanwalts. Der Wortlaut des Absatzes 2 geht somit über die gesetzgeberische Absicht, den Staatsanwalt zur Anfechtung zu berechtigen, wenn nur die Mutter, nicht jedoch deren Ehemann deutscher Staatsangehörigkeit ist, hinaus. Nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmen sich generell die Voraussetzungen der Ehelichkeitsanfechtung, die Frist, innerhalb deren die Anfechtung möglich ist, die Anfechtungsberechtigten und der Anfechtungsgegner ⁶⁾. Zur Zeit der Einfügung des Artikels 18 II war der Ehemann der Mutter innerhalb eines Jahres seit seiner Kenntnis von der

⁴⁾ aaO S. 620; Massfeller, JW 1938, 1221 ff; Soergel-Kegel, 9. Aufl. 1961, Anm. 14 zu Art. 18; RGZ 163, 162.

⁵⁾ Deutsche Justiz 1938, 621.

⁶⁾ Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1962, Anm. 6 zu Art. 18; Kegel, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1964, 309.

vermutlichen Unehelichkeit des Kindes und der Staatsanwalt unbefristet zur Anfechtung berechtigt; Anfechtungsgegner war das Kind (§§ 1594 ff. BGB). Nach den deutschen Bestimmungen konnte der ausländische Ehemann einer deutschen Frau die Ehelichkeit des Kindes anfechten, auch wenn ihm nach seinem Heimatrecht kein Anfechtungsrecht zustand; dabei spielte es keine Rolle, ob das Heimatrecht überhaupt kein Anfechtungsrecht kannte, oder ob es für die Anfechtungsberechtigung kürzere Fristen setzte. Z. B. konnte nach Artikel 18 II ein Spanier, dessen Frau nach der (in Deutschland ausgesprochenen Scheidung) wieder Deutsche geworden war, die Ehelichkeit des Kindes anfechten, wenn die Anfechtungsfrist von sechs Monaten nach dem spanischen Recht schon verstrichen, die einjährige nach deutschem Recht jedoch noch nicht abgelaufen war.

Die nach Artikel 18 II gebotene Anwendung des deutschen materiellen Ehelichkeitsanfechtungsrechts war demnach geeignet, die Anfechtung der Ehelichkeit in Fällen zu ermöglichen, in denen es ohne diese Verweisung bei der vermuteten Ehelichkeit des Kindes hätte bleiben müssen, obwohl die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann beweisbar war. Artikel 18 II führte zu einer Erleichterung der Ehelichkeitsanfechtung⁷⁾.

War nun auf Grund des Artikels 18 II die Ehelichkeit eines Kindes mit Erfolg angefochten worden, dessen deutsche Mutter einen ausländischen oder staatenlosen Ehemann hatte, so war diese Feststellung der Unehelichkeit des Kindes nicht nur für den Kindesstatus von Bedeutung, sondern auch für die Staatsangehörigkeit des Kindes. Denn vor der rechtskräftigen Feststellung seiner Unehelichkeit hatte es die Staatsangehörigkeit des Ehemannes der Mutter geteilt. Nun erhielt es als uneheliches Kind einer Deutschen nach § 4 des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 22. Juli 1913 die deutsche Staatsangehörigkeit. Auf diese Weise konnte also ein Kind die deutsche Staatsangehörigkeit erlangen, während es bei bestehender Ehelichkeitsvermutung entweder eine ausländische Staatsangehörigkeit behalten hätte oder staatenlos⁸⁾ geblieben wäre.

⁷⁾ Für eine analoge Anwendung des Artikels 18 II in dem Fall, daß der Ehemann der Mutter nach der Geburt des Kindes, aber vor der Anfechtung der Ehelichkeit die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt: Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, 347 f.; Kegel, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1964, 309; aA Henrich, FamRZ 1958, 122 ff.

⁸⁾ Erst 1963 sprach das BVerwG dem ehelichen Kind einer Deutschen die deutsche Staatsangehörigkeit zu, wenn es sonst staatenlos werden würde, DOV 1963, 468 f.

5. Wandlung des materiellen deutschen Rechts

Seit der Einführung der Blankettnorm Artikel 18 II hat sich das interne deutsche Recht, auf das sie verweist, verändert.

Zunächst war der Wortlaut der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs unverändert geblieben. Zwar ließ sich das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts nach dem Jahre 1945 nicht mehr mit rassenpolitischen Aufgaben rechtfertigen. Zwar sah die fast einhellige Meinung⁹⁾ zu Recht das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts als fortgeltend an, denn eine gesetzliche Bestimmung kann unabhängig von den Motiven, die für ihre Einführung maßgebend waren, bestehen¹⁰⁾. Jedoch sollte die Ehelichkeitsanfechtung durch den Vertreter des Staates aus anderen Gründen erfolgen. So entschied sich der Bundesgerichtshof¹¹⁾ mit der Begründung für die Beibehaltung des Anfechtungsrechts des Staatsanwalts, auch nach heutiger Auffassung sei die Klärung der Abstammung eines Menschen von erheblicher Bedeutung; es könne im wohlverstandenen Interesse des Kindes und der Öffentlichkeit liegen, wenn das Kind seine familienrechtliche Stellung gegenüber dem Manne verliere, von dem es in Wirklichkeit nicht abstamme. Es sei jedoch nicht stets unerträglich, wenn ein Kind die Rechtsstellung eines ehelichen behielte, obgleich feststehe, daß der Ehemann es nicht erzeugt habe. Boehmer¹²⁾ sah in dem Staatsanwalt den berufenen Wahrer der Belange des Kindes und des wahren Vaters. Überwiegend betrachteten sich die Staatsanwaltschaften selbst als Treuhänder der Kindesinteressen. Aus einer Erhebung des Deutschen Städtetages¹³⁾ ergeben sich die Motive für die Anfechtung durch den Staatsanwalt: in den meisten Fällen fochten die Staatsanwälte die Ehelichkeit im Interesse der Kinder an, nur in rund 10 % der Anfechtungsklagen durch den Staatsanwalt war das öffentliche Interesse berührt.

Was als öffentliches Interesse in diesem Zusammenhang anzusehen war, stand nicht einheitlich fest. Häufig dienten fiskalische Gründe als öffentliche Interessen. Einige Staatsanwaltschaften¹⁴⁾ fochten die Ehelichkeit eines

⁹⁾ Clemens, MDR 1947, 221; Guggemos, SJZ 1948, 248; BGHZ 2, 133; KG NJW 1947/48, 388; aA OLG Halle DRZ 1948, 99.

¹⁰⁾ Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 55 I.

¹¹⁾ BGHZ 23, 1 ff —6—.

¹²⁾ Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung I, 1950, 121; NJW 1949, 53.

¹³⁾ Die Unterlagen dieser Erhebung bei einer großen Zahl von Stadt- und Landkreisen im Jahre 1958 erhielt ich freundlicherweise vom Ersten Beigeordneten des Deutschen Städtetages zur Einsicht.

¹⁴⁾ Vgl. Anm. 1: z. B. in Bremen, Berlin und Gießen.

Kindes aus öffentlichem Interesse an, wenn der Ehemann der Mutter das Kind nicht unterhielt. Mußte das Kind aus öffentlichen Mitteln oder von den Trägern der Sozialversicherung unterhalten werden, dann sollte die Anfechtung der Ehelichkeit es ermöglichen, den — leistungsfähigen — unehelichen Erzeuger zum Unterhalt heranzuziehen, um die öffentliche Hand finanziell zu entlasten. Andere Staatsanwaltschaften lehnten diese fiskalische Denkweise ausdrücklich ab¹⁵⁾. Zuweilen¹⁶⁾ galt die Erforschung der Wahrheit des Familienstandes als öffentliches Interesse, besonders in den Fällen der augenfälligen Unehelichkeit eines farbigen Kindes, das in der Familie des weißen Ehemannes seiner Mutter lebt. Vereinzelt¹⁷⁾ kam es zur Anfechtung der Ehelichkeit, um die Staatsangehörigkeit des Kindes zu klären, oder um die Verwandten des Ehemannes nach dessen Tode von dem miterbenden, ersichtlich unehelichen Kinde zu befreien.

Bei zunächst gleichgebliebenem Wortlaut änderte diejenige materielle Bestimmung des deutschen Rechts, zu deren Ausdehnung Artikel 18 II besonders gedacht war, weitgehend ihren Zweck¹⁸⁾. Die Bestimmung blieb trotzdem umstritten. So sprach sich der Zivilrechtsausschuß des Deutschen Anwaltsvereins¹⁹⁾ *de lege ferenda* gegen die Beibehaltung des staatsanwalt-schaftlichen Anfechtungsrechts aus, besonders wegen seiner Bedenken gegen die Berücksichtigung fiskalischer Motive. Marie Hagemeyer²⁰⁾ wandte sich gegen diese Befugnis des Staatsanwalts, weil der Staat nicht in den privaten Bereich der Familien eingreifen solle.

Der Gesetzgeber hat sich diesen Bedenken angeschlossen und das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts mit Wirkung vom 1. 1. 1962 an beseitigt²¹⁾; das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961 gibt ein

¹⁵⁾ Vgl. Anm. 1: z. B. Augsburg, Düsseldorf, Solingen, Braunschweig, Wuppertal und Bielefeld. Vgl. ferner den Runderlaß des Hessischen Ministers der Justiz, Justizministerialblatt für Hessen vom 1. 3. 1949 Nr. 42.

¹⁶⁾ Vgl. Anm. 1: z. B. Darmstadt und Hannover.

¹⁷⁾ Vgl. Anm. 1: z. B. Berlin.

¹⁸⁾ Beitzke, RabelsZ 23 (1958) 719 f.

¹⁹⁾ Stellungnahme zum Familienrechtsänderungsgesetz-Entwurf 1958.

²⁰⁾ Informationen für die Frau, 7. Jahrgang (1958) Nr. 12, S. 5.

²¹⁾ Der von der Bundesregierung beschlossene Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften schlug vor, der Staatsanwaltschaft das Anfechtungsrecht zu entziehen, um dem Kind selbst ein Anfechtungsrecht zuzuerkennen, weil es der heutigen Auffassung nicht mehr entspreche, den Staatsanwalt in den privaten Bereich eingreifen zu lassen (Drucksache 1586 vom 9. Juli 1955 des 2. Deutschen Bundestages). Vgl. den Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses über das Familienrechtsänderungsgesetz — Drucksache 530 — zu Drucksache 28 12 der 3. WP des Deutschen Bundestages, 3, und Schwarzhaupt, FamRZ 1961, 329 ff.

subsidiäres Anfechtungsrecht der Eltern des Ehemannes und ein eigenes Recht des Kindes zur Anfechtung, das allerdings an das Vorliegen bestimmter Gründe geknüpft ist. Insbesondere ist das Kind nach dem neugefaßten § 1596 BGB zur Anfechtung berechtigt, wenn die Mutter seinen Erzeuger geheiratet hat.

Die innerstaatliche deutsche Regelung, auf die Artikel 18 II verweist, hat sich somit seit 1938 zunächst der Tendenz nach und jetzt auch dem Wortlaut nach geändert. Ihr Ziel ist nunmehr die Berücksichtigung der Kindesinteressen an der Klärung seiner wirklichen Abstammung, die dem Interesse des Ehemannes der Mutter an der Feststellung der Nichtehelichkeit des Kindes, das als sein eheliches gilt, gleichgestellt werden²²⁾. Jeder Einfluß einer öffentlichen Stelle auf die Klärung der Abstammungsverhältnisse ist ausgeschlossen²³⁾.

6. Notwendigkeit einer Überprüfung von Artikel 18 II

Weil die Motive, die bei der Einfügung des Artikels 18 II galten, nicht mehr vertretbar sind, und weil das interne Sachrecht, zu dessen Gunsten er einen Vorbehalt macht, sich gewandelt hat, bedarf Artikel 18 II einer genauen Überprüfung. Es fragt sich, ob trotz der Veränderung des internen Sachrechts die Ausnahmeregelung, die dessen Geltungsbereich ausdehnt, gerechtfertigt werden kann. Hierzu gibt es höchst widersprüchliche Meinungen: Raape²⁴⁾ sieht in den Vorschriften, auf die Artikel 18 II zielt, „ein Stück ordre public“, Rabel²⁵⁾ hingegen bezeichnet Artikel 18 II als „an exorbitant exception in favor of the lex fori“. Zwischen diesen Extremen: Berührung der wichtigsten Ideen der eigenen Rechtsordnung oder Willkür beim Vorbehalt zugunsten des eigenen Rechts gilt es eine Stellungnahme zu begründen.

²²⁾ Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 1964, 458 ff. Beitzke, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, 1961, 314 ff.

²³⁾ Gernhuber (aaO 458) und Beitzke (aaO 318) bedauern dies wegen mancher Mängel ausschließlich privater Anfechtungsrechte.

²⁴⁾ Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, 348.

²⁵⁾ The Conflict of Laws, Band I, 2. Aufl. 1958, 603.

ZWEITER TEIL

Prüfung der Sonderregelung in Artikel 18 II

1. Maßstab der allgemeinen Anknüpfungskriterien

a. Das Ziel des Entscheidungseinklangs

Es fragt sich zunächst, ob Artikel 18 II den allgemeinen Prinzipien entspricht, die bei der Anknüpfung Beachtung fordern. Seit Savignys¹⁾ Forderung, daß „die Rechtsverhältnisse, in Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde“, wird immer wieder das Prinzip der Gesetzesharmonie²⁾ als Leitbild des Internationalen Privatrechts bezeichnet. Nach diesem Prinzip der Entscheidungsgleichheit³⁾ oder des Konfliktsminimums⁴⁾ soll das anwendbare Recht so bestimmt werden, daß ein Minimum von Konflikten bei der Beurteilung desselben Lebenssachverhalts entsteht. Es soll ein Entscheidungseinklang⁵⁾, die sachliche Gleichbehandlung derselben Frage, erreicht werden⁶⁾.

Dem widerspricht Artikel 18 II, denn ein ausländischer Richter würde diese Klausel nicht anwenden, selbst wenn ihm sein Internationales Privatrecht die Heranziehung des deutschen Rechts (und zwar auch des deutschen Kollisionsrechts) geböte.

¹⁾ System des heutigen römischen Rechts, Band VIII 1849, 27.

²⁾ Kahn, Abhandlungen aus dem Internationalen Privatrecht, JherJ 39 (1898) 105.

³⁾ Zweigert, Die dritte Schule im Internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Leo Raape, 1948, 49.

⁴⁾ Wengler, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des IPR und ihre Kollisionen, Zföff.R 1944, 482.

⁵⁾ Neuhaus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 1962, 38; Rabel, The Conflict of Laws, Band I 1958, 2. Aufl., 94, spricht von „uniform solutions“,

⁶⁾ M. Wolff, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954, 9; Dölle, Gegenwärtige Aufgaben der deutschen Wissenschaft vom internationalen Privatrecht, 5. Beiheft zur DRZ 1948, 5. Neumayer, Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel, Festschrift für Dölle, Band II 1963, 208.

Deshalb meint Siegrist ⁷⁾, Artikel 18 II solle mit Rücksicht auf die internationale Entscheidungsharmonie beseitigt werden. Es geht jedoch zu weit, diese Folgerung aus der fehlenden Übereinstimmung des Artikels 18 II mit dem Prinzip des Konfliktsminimums zu ziehen. Denn solange es noch staatliche Rechtsordnungen und somit Kollisionsnormen gibt, werden von diesem Prinzip aus besonderen Gründen Ausnahmen gemacht werden müssen. So erkennt Zweigert ⁸⁾ von den sechs Prinzipien, die Wengler ⁹⁾ für das internationale Privatrecht vertritt, nur das des Konfliktsminimums als Prinzip an. In den übrigen erblickt er nur Ausnahmen von diesem Prinzip. Wenn man diese Ausnahmen, zu denen auch der Vorbehalt des *ordre public* gehört, anerkennt, muß notwendigerweise auch zugegeben sein, daß das Prinzip der Entscheidungsharmonie nicht uneingeschränkt gelten kann, denn jeder *ordre public*-Vorbehalt führt zur Anwendung einer Rechtsordnung, die nach ausländischen Kollisionsnormen nicht anwendbar wäre.

Verstößt daher eine Bestimmung des nationalen Kollisionsrechts gegen das Prinzip des Entscheidungseinklangs, so ist damit noch nichts Endgültiges gegen sie gesagt. Nur dann, wenn es sich erweist, daß die Regelung keinen Fall des *ordre public* schützt, kann der Verstoß gegen das Prinzip des Konfliktsminimums entscheidend sein.

b. Das Prinzip der Unwandelbarkeit des Statuts

Ist ein bestimmter Sachverhalt einmal durch eine Kollisionsnorm einer Rechtsordnung zugeordnet worden, so sollte diese Anknüpfung auch beibehalten werden. Dieses Prinzip der Unwandelbarkeit des Statuts soll verhindern, daß eine als richtig angesehene Anknüpfung des bloßen Zeitablaufs wegen aufgegeben wird, ohne daß sich die Struktur des Rechtsverhältnisses geändert hätte.

Artikel 18 II verletzt die Kontinuität der Anknüpfung insofern, als für die Frage der Ehelichkeitsanfechtung zunächst, wenn der Mann und die Mutter eine ausländische Staatsangehörigkeit haben, das Heimatrecht des Ehemannes zur Zeit der Geburt des Kindes maßgebend ist. Später wird dann das deutsche Recht herangezogen, wenn die Mutter des Kindes in-

⁷⁾ Gleichberechtigung von Mann und Frau und internationales Privatrecht, *RabelsZ* 24 (1959) 109.

⁸⁾ Die dritte Schule im internationalen Privatrecht, in *Festschr. für Leo Raape*, 1948, 50.

⁹⁾ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des IPR und ihre Kollisionen, *ZföfFR* 1944, 473 ff.

zwischen die deutsche Staatsangehörigkeit erlangte; denn in Artikel 18 II kommt es auf den Zeitpunkt der Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes an.

Dieser Wandel in der Anknüpfung könnte gerechtfertigt werden, weil die deutschen Interessen wegen des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit durch die Mutter berührt sind. Es fragt sich darum, ob wegen dieser Interessen auch eine Änderung der Anknüpfung für die Ehelichkeitsanfechtung des Kindes notwendig wird. Stellt die Ermöglichung der Ehelichkeitsanfechtung des Kindes einer deutschen Mutter eine Frage des deutschen *ordre public* dar, so wäre der Verstoß gegen das Prinzip der Unwandelbarkeit des Statuts hinzunehmen. Es spricht demnach die Nichtbeachtung der Kontinuität in der Anknüpfung nur dann gegen Artikel 18 II, wenn sie nicht durch den *ordre public* geboten ist.

c. Das Erfordernis einer einheitlichen Anknüpfung

Innerlich Zusammengehörendes soll auch kollisionsrechtlich einheitlich behandelt werden ¹⁰⁾.

Gegen diese Forderung könnte Artikel 18 II verstoßen, weil diese Bestimmung die Ehelichkeit und deren Beseitigung nicht einheitlich behandelt. Wenn die Ehelichkeit und die Beseitigung der Vermutung der Ehelichkeit so eng zusammengehörten, daß für sie nur dann die richtige Anknüpfung gefunden ist, wenn sie für beide Fragenkomplexe einheitlich dieselbe Rechtsordnung zur Entscheidung beruft, hätte Artikel 18 II Zusammengehörendes in angreifbarer Weise getrennt.

Die einheitliche Behandlung von Ehelichkeit und Ehelichkeitsanfechtung ist jedoch nicht zwingend geboten. Die Ehelichkeitsanfechtung gehört zwar in den Fragenbereich der ehelichen Kindschaft, hat jedoch auch Beziehungen zur unehelichen Kindschaft. Denn die Ehelichkeitsanfechtung ist die Voraussetzung für die Feststellung der Unehelichkeit eines Kindes, das von einer Ehefrau geboren wird. Es ließe sich daher rechtfertigen, die von der Ehelichkeit trennbare Sonderfrage auch kollisionsrechtlich anders zu behandeln als die Voraussetzungen der Ehelichkeit.

¹⁰⁾ Vischer, Der Richter als Gesetzgeber im Internationalen Privatrecht, Schweiz. Jahrbuch für int. Recht XII (1955) 87.

d. Das Gebot der Beachtung der Familieneinheit

Von einigen Autoren wird gefordert, es solle gerade im Bereich der Familie eine einheitliche Anknüpfung gesucht werden, die tunlichst die Gesamtheit der Familienbeziehungen ein und derselben Rechtsordnung unterstelle¹¹⁾. Die Einheit der Familie solle nicht dadurch gefährdet werden, daß man die Beziehungen der einzelnen Familienmitglieder untereinander verschiedenen Rechtsordnungen zuweist, anstatt möglichst viele Rechtsverhältnisse innerhalb derselben Familie einheitlich einzuordnen. Diesem Erfordernis entspricht Artikel 18 II nicht, weil er für eine Sonderfrage eine abweichende Anknüpfung vorsieht, eine Teilfrage aus dem Gesamtkomplex der Familienbeziehungen herauslöst.

Die Forderung nach einer familieneinheitlichen Anknüpfung sucht nicht nur nach der richtigen Anknüpfung für ein bestimmtes Rechtsverhältnis, sie gibt sich nicht zufrieden mit der Zuordnung des Rechtsverhältnisses zu einer Rechtsordnung. Sie fragt vielmehr weiter auch danach, welche Wirkungen eine Anknüpfung haben kann, wenn innerhalb derselben Familie für ein anderes Rechtsverhältnis eine andere Rechtsordnung zuständig ist, die andere materielle Wertungen und Entscheidungen enthält. Sie sucht auch die materiellen Ergebnisse der Anknüpfung zu beachten.

Dies entspricht der Forderung Steindorffs, im Internationalen Privatrecht auch materielle Ergebnisse zu berücksichtigen; nach Steindorff¹²⁾ genügt es nicht, für internationale Sachverhalte *eine* nationale Rechtsordnung zu finden, wie es der klassischen Lehre vom Internationalen Privatrecht entspreche; man müsse vielmehr versuchen, internationale Sachverhalte mit anderen Maßstäben zu messen, als sie einzelne Rechtsordnungen zu bieten vermögen. Wengler hat Recht, wenn er in seiner Besprechung von Steindorffs Abhandlung darauf hinweist, diese Forderung werde schon seit langem in der Suche nach einer familieneinheitlichen Anknüpfung beachtet¹³⁾.

¹¹⁾ Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1959, 477; Boyer, *Eheliche Kindschaft*, A. *Französisches Recht*, in: *Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs*, 1955, 240; Vischer, *Der Richter als Gesetzgeber im Internationalen Privatrecht*, Schweiz. Jahrbuch für int. Recht, XII (1955) 86; Neuhaus, *Familieneinheit im internationalen Privatrecht?* *RabelsZ* 20 (1955) 59. Ferid, *Festschr. für Dölle*, II 1963, 135 f. lehnt es ab, daß andere Grundrechte außer dem Gleichheitsgrundsatz, wie z. B. das zum Schutz der Familie, Bedeutung für die Kollisionsnorm als solche hätten: nicht die Wahl eines bestimmten Rechts als solche verstoße gegen das Gebot des Schutzes der Familie, möglicherweise aber jene Rechtssätze, die auf Grund der in der Kollisionsnorm getroffenen Wahl auf den Fall angewendet werden sollen.

¹²⁾ *Sachnormen im Internationalen Privatrecht*, 1958, 9. Besprechung von BGH *JZ* 1958, 241 ff.: *JZ* 1958, 245.

¹³⁾ *AcP* 158 (1960) 543 ff.

Es fragt sich für die Beurteilung Steindorffs Idee, ob das internationale Privatrecht ein reines Verweisungsrecht ist, das sich mit der Zuordnung der internationalen Sachverhalte an einzelne Rechtsordnungen begnügt, oder ob es auch materielle Ergebnisse zu beachten hat¹⁴⁾. In einem Fall fragt das Internationale Privatrecht mit Sicherheit nach dem Ergebnis der Zuordnung des Sachverhaltes zu einer bestimmten Rechtsordnung: nämlich bei der Vorbehaltsklausel des *ordre public*. In diesem Fall beachtet es das materielle Ergebnis und gibt sich nicht mit einer Zuweisung des Sachverhaltes an eine Rechtsordnung zufrieden. Der *ordre public* fragt nach dem materiellen Recht, das auf Grund dieser Zuweisung gilt¹⁵⁾. Und was dem Korrektiv recht ist, müßte der Normalanknüpfung billig sein. Die Normalanknüpfung soll die für den internationalen Sachverhalt am besten passende Rechtsordnung finden. Unausgesprochen enthält die Frage nach der richtigen Anknüpfung diejenige nach der Rechtsordnung, die den Fall materiell am gerechtesten entscheiden kann. In der Regel enthält zwar die Zuordnung eines Sachverhaltes zu einer bestimmten Rechtsordnung, die ihm am nächsten steht, eine Vermutung dafür, daß diese Rechtsordnung den Fall auch sachlich am zutreffendsten entscheiden wird. Aber diese Vermutung besteht bei solchen Sachverhalten nicht uneingeschränkt, die einen materiell besonders vielschichtigen Problemkreis betreffen, oder die wegen ihrer besonders ausgeprägten internationalen Struktur — ihrer Beziehungen zu verschiedensten Rechtsordnungen — sich einer Zuordnung zu einer einzigen Rechtsordnung entziehen. In der Regel bietet die dem internationalen Sachverhalt nächste Rechtsordnung für ihn die materiell gerechteste Lösung; dies schließt jedoch nicht aus, daß in bestimmten Fällen die Frage gestellt werden muß, ob die so bestimmte Rechtsordnung dem Sachverhalt in seiner Eigenart gerecht wird.

Zu den materiell vielschichtigen Fragen gehört die Ehelichkeitsanfechtung; bei der Suche nach einer für sie richtigen Anknüpfung darf und muß deshalb nach der materiellen Wirkung der Zuordnung des Sachverhaltes zu einer bestimmten Rechtsordnung gefragt werden.

Für die Überprüfung der Bestimmung ist es von Bedeutung, ob Artikel

¹⁴⁾ Neuhaus, Die Krise im internationalen Privatrecht, DRZ 1948, 87; Wengler, Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse, RabelsZ 16 (1951) 31; Dölle, Gegenwärtige Aufgaben der deutschen Wissenschaft vom internationalen Privatrecht, 5. Beiheft zur DRZ 1948, 5; Braga, Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip? RabelsZ 18 (1953) 234; Dieckmann, Die Handschuhehe deutscher Staatsangehöriger nach deutschem internationalen Privatrecht, 1959, 26 f.

¹⁵⁾ Steindorff, Sachnormen, 34; Müller-Freienfels, Festschrift für Roscoe Pound, 1962, 601.

18 II dieser Forderung gerecht wird. Die Bestimmung beachtet zwar das materielle Ergebnis insofern nicht, als sie statt der familieneinheitlichen Anknüpfung die Ehelichkeitsanfechtung in einem Sonderfall dem Recht unterstellt, das dem der Mutter des Kindes entspricht. Sollte sich jedoch ergeben, daß Artikel 18 II einen Fall des *ordre public* trifft, dann läge in diesem Vorbehalt zugunsten des deutschen Rechts die Rücksichtnahme auf das materielle Ergebnis.

Es wäre inkonsequent, gegen Artikel 18 II einzuwenden, er beachte die materiellen Ergebnisse einer Anknüpfung nicht, die entgegen dem Gebot der familieneinheitlichen Anknüpfung vorgenommen sei, andererseits aber nicht anzuerkennen, daß diese Bestimmung in anderer Hinsicht das materielle Ergebnis der Anknüpfung berücksichtigt. Wenn also Artikel 18 II aus Gründen des *ordre public* eine möglichst weitgehende Klärung der Abstammungsverhältnisse des Kindes einer deutschen Mutter erstrebt, spricht die Mißachtung der Familieneinheit nicht gegen diese Bestimmung. Ist diese Beachtung der materiellen Ergebnisse jedoch nicht vom deutschen *ordre public* geboten, dann kann gegen Artikel 18 II eingewandt werden, er beachte das Gebot der familieneinheitlichen Anknüpfung nicht.

e. Das Gebot der Gleichbehandlung von Mann und Frau und die Beachtung der Kindesinteressen

Wenn das Gebot der Gleichbehandlung von Mann und Frau auch für das Kollisionsrecht gilt¹⁶⁾, müßte die *kollisionsrechtliche* Anknüpfung der Gleichberechtigung entsprechen, also nicht die Frau durch Anwendung der einen oder anderen Rechtsordnung *materiell* besser als der Mann gestellt sein¹⁷⁾.

Bei der Anknüpfung an das deutsche Heimatrecht der Mutter könnte deshalb gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen sein, weil ein Wechsel in der Staatsangehörigkeit des Ehemannes nach der Geburt des Kindes und vor der Ehelichkeitsanfechtung *nicht* berücksichtigt wird. Zu diesem Ergebnis kommt Siegrist¹⁸⁾ (der allerdings bei Artikel 18 II einen Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgebot annimmt, bei der generellen An-

¹⁶⁾ Vgl. oben S. 7 N. 2 und Beitzke, Grundgesetz und Internationalprivatrecht, 1961, 24 (mit eingehenden Nachweisen).

¹⁷⁾ Beitzke, aaO; Müller-Freienfels, Legal Equality of Husband and Wife and The Child's Welfare in Private International Law, in Festschrift für Roscoe Pound, 1962, 603, 606, 610 ff.

¹⁸⁾ RabelsZ 24 (1959) 109.

knüpfung an das Heimatrecht des Ehemannes jedoch die Ehefrau für nicht benachteiligt hält). Damit ist jedoch noch nicht die Beseitigung der Klausel zu begründen; vielmehr genügte es, um das Gleichberechtigungsgebot zu befolgen, auch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch den Ehemann der Mutter zu beachten¹⁹⁾. Mit dem Vorwurf, die Gleichberechtigung sei nicht gewahrt, läßt sich Artikel 18 II demnach nur in seiner Ausgestaltung, nicht jedoch in seiner Existenz angreifen.

Es fragt sich jedoch, ob es bei der Anknüpfung für die eheliche Kindenschaft und deren Beseitigung um die Abwägung der Rechte und Interessen der Eltern gegeneinander geht. Vielmehr sind in erster Linie die kollisionsrechtlichen Interessen des Kindes berührt²⁰⁾. Es geht daher nicht darum, ob die Rechte der Eltern bei der Anknüpfung gewahrt sind, sondern um die Frage, wie die Rechte des Kindes zu berücksichtigen sind. Es kommt dabei nicht auf die günstige materiell-rechtliche Stellung des Kindes, sondern auf die Anknüpfung an, die auf seine Interessen Rücksicht nimmt²¹⁾.

Einer solchen Forderung, bei der Anknüpfung die Kindesinteressen zu wahren, könnte Artikel 18 II deswegen widersprechen, weil er das Heimatrecht der Mutter heranzieht. Die deutsche Rechtsordnung soll jedoch gerade deswegen zuständig sein, um die Klärung der Abstammung des Kindes zu ermöglichen. Man könnte daher in diesem Fall ausnahmsweise die Bedenken gegen die Mißachtung der Kindesinteressen bei der kollisionsrechtlichen Zuordnung einer Rechtsordnung zurückstellen, weil die materiellen Interessen des Kindes gerade gewahrt werden sollen. Falls demnach der *ordre public* eine Rücksicht auf die materiellen Interessen des Kindes an der Klärung seiner Abstammung gebietet, könnte Artikel 18 II nicht mit der Begründung beseitigt werden, die Anknüpfung an das Heimatrecht der Mutter widerspreche der kollisionsrechtlichen Beachtung der Kindesinteressen.

Im Ergebnis widerspricht Artikel 18 II den aufgezeigten allgemeinen Anknüpfungsprinzipien. Trotzdem könnte der *ordre public*-Gehalt der Bestimmung alle diese Abweichungen rechtfertigen.

¹⁹⁾ Zur analogen Anwendung des Artikels 18 II für den Fall des Staatsangehörigkeitswechsels des Ehemannes vgl. oben S. 14 N. 7.

²⁰⁾ Müller-Freienfels, Legal Equality of Husband and Wife and the Child's Welfare in Private International Law, in Festschrift für Roscoe Pound 1962, 627.

²¹⁾ Siegrist, Gleichberechtigung von Mann und Frau und internationales Privatrecht, RabelsZ 24 (1959), 94; Müller-Freienfels, Legal Equality of Husband and Wife and the Child's Welfare in Private International Law, in Festschrift für Roscoe Pound, 1962, 641 ff.

2. Der Vorbehalt zugunsten des deutschen materiellen Rechtes in Artikel 18 II und der Maßstab des ordre public-Vorbehalts

a. Charakterisierung der speziellen Vorbehaltsklauseln als Verkörperung des allgemeinen ordre public-Gedankens

Soll der ordre public-Begriff als Maßstab für Artikel 18 II gelten, so fragt es sich zunächst, ob es überhaupt möglich ist, in bestimmten Einzelfällen festzulegen, wann der ordre public eines Staates berührt ist. Es könnte sein, daß der vage Begriff des ordre public-Vorbehalts der festen Form sich entzieht, also spezielle Vorbehaltsklauseln neben der allgemeinen Bestimmung in Artikel 30 EGBGB nicht denkbar wären.

In der Regel wird diskussionslos vorausgesetzt, daß es Vorbehaltsklauseln spezieller Art geben kann ²²⁾. Niboyet ²³⁾ jedoch meint, es sei dem Gesetzgeber wegen der variablen Natur des ordre public nur in ganz isolierten und beschränkten Fällen möglich, einen ordre public-Verstoß besonders zu regeln. Auch K. Simitis ²⁴⁾ hält die Ansicht für verständlich, nach der es nicht Sache der Doktrin sein könne, den ordre public zu definieren, sondern ausschließlich Sache des Richters, ihn anzuwenden.

Im Gegensatz hierzu begrüßt es eine Reihe anderer Autoren, wenn der Vorbehaltsklausel eine spezielle Form gegeben wird. So fordert Giesker-Zeller ²⁵⁾, der Gesetzgeber solle sich nicht mit einem allgemeinen Vorbehalt zugunsten der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit begnügen, sondern auf Einzelheiten eingehen. Maury ²⁶⁾ hält die präzisen speziellen Vorbehaltsklauseln der allgemeinen Klausel für technisch überlegen, weil die Art der Anwendung genau festgelegt werde, um die Willkür der Richter für gewisse Fälle auszuschneiden ²⁷⁾.

Beiden Tendenzen fehlt in der Regel die Begründung. Näher setzten sich

²²⁾ Soergel-Kegel, 9. Aufl. 1961, Anm. 50 zu Art. 12, Anm. 8 zu Art. 21; Palandt-Lauterbach, 23. Aufl. 1964, Anm. 2 b zu Art. 17, Anm. 4 zu Art. 21; M. Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954, 69.

²³⁾ Traité de droit international privé français, V, 1948, no. 1038.

²⁴⁾ Gute Sitten und ordre public, 1960, 204.

²⁵⁾ Der ordre public international in der Schweiz, Schweiz. JZ 16 (1917/1918), 176

²⁶⁾ L'ordre public en droit international privé Français et en droit international privé allemand, convergences et divergences, Revue critique 1954, 12.

²⁷⁾ L'éviction de la loi internationale normalement compétente: l'ordre public international et la fraude à la loi, 1952, 94.

H. Lewald²⁸⁾ und Gesler²⁹⁾ mit den speziellen Vorbehaltsklauseln auseinander. Lewald³⁰⁾ vertrat die Meinung, aus dem *ordre public*-Gedanken entwickle sich eine Kollisionsnorm besonderer Art, als Kollisionsnorm des *ordre public* bezeichnet. Solche Kollisionsnormen seien auch als *lex scripta* zu finden und dadurch charakterisiert, daß sie *exceptioneller* Natur seien. Sie ständen neben der regulären Kollisionsnorm und seien strikte Ausdehnungsnormen, die nicht zu allgemeinen Kollisionsnormen erweitert werden könnten³¹⁾. Lewald führt als Beispiel für einen Fall einer Kollisionsnorm des *ordre public* die Bestimmung des Artikels 21 Satz 2 EGBGB an, die nichts anderes sei als das Resultat einer vom Gesetzgeber vorweggenommenen *ordre public*-Erwägung³²⁾. Nach Lewalds Meinung sind die Kollisionsnormen des *ordre public* somit spezialisierte *ordre public*-Ideen. Gegen diese Meinung wendet sich Gesler mit seiner Kritik. Er fragt nach der Existenzberechtigung von speziellen Vorbehaltsklauseln. Nach ihm sei es Aufgabe der *ordre public*-Vorbehalts, das deutsche IPR zu korrigieren, wenn und soweit es im Begriff sei, Grundprinzipien des deutschen Rechts aufzugeben³³⁾. Das könne nur dann vorkommen, wenn Normen angewandt werden sollen, die einen dem deutschen Recht widersprechenden Charakter haben, so daß ihre Anwendung — eine entsprechend intensive Verknüpfung mit dem Inland vorausgesetzt — unserem Recht nicht genehm sein könne. Von diesem abwehrenden allgemeinen *ordre public*-Gedanken ausgehend wendet er sich gegen die speziellen Vorbehaltsklauseln, die den *ordre public* zu dem Zweck einspannen wollten, bestimmte deutsche Sachnormen zur Anwendung zu bringen. Mit der Behauptung, die negative Funktion könne nur Artikel 30 EGBGB zukommen, negative Vorbehalte spezieller Art könne es nicht geben, wendet er sich dagegen, daß die „besonderen Vorbehaltsklauseln“ den *ordre public* betreffen. Denn nicht die Bedeutung der deutschen Sachnormen, sondern der rechtliche Gehalt der ausländischen Sachnormen fordere zur Anwendung der Vorbehalts-

²⁸⁾ Die staatsvertragliche Regelung der international-privatrechtlichen Vorbehaltsklausel, Mitt. der Dt. Ges. für Völkerrecht, Heft 7, 1926, 47 ff.

²⁹⁾ § 328 ZPO, ein Beitrag zu der Lehre von der zwingenden Natur der Kollisionsnormen, 1933.

³⁰⁾ aaO 62 ff.

³¹⁾ Lewald versteht unter Ausdehnungsnorm in Anlehnung an Kahn eine Norm, die nur das Anwendungsgebiet eines bestimmten Territorialitätsrechts regelt, also eine einseitige Kollisionsnorm; wenn Gesler (aaO 40) meint, eine Ausdehnungsnorm solle dem inländischen materiellen Recht eine ausgedehntere Anwendung sichern, so mißverstehet er Lewald.

³²⁾ *Règles générales des conflits de lois*, 1941, 122 ff.

³³⁾ aaO 36 ff.

²⁵⁾ Der *ordre public international* in der Schweiz, 176.

klauseln heraus. Diese Aufgabe aber könne von einer speziellen Vorbehaltsklausel nicht erfüllt werden. Gesler kommt daher zu dem Ergebnis, eine spezielle Vorbehaltsklausel könne dem allgemeinen Begriff des *ordre public* nicht entsprechen.

Dieses Ergebnis Geslers beruht auf zwei Annahmen: es könne keine negativen Vorbehalte spezieller Art geben und der *ordre public*-Vorbehalt sei notwendig abwehrend, nie durchsetzend.

Letzteres kann erst bejaht oder widerlegt werden, wenn eine Prüfung der verschiedenen Lehren zum *ordre public*-Vorbehalt geschehen ist. Die Meinung Geslers, die speziellen Vorbehaltsklauseln seien notwendigerweise durchsetzend und könnten daher einem abwehrenden *ordre public*-Vorbehalt niemals entsprechen, wird auch von Maury ³⁴⁾ vertreten. Entgegen dieser Meinung sind jedoch spezielle Vorbehaltsklauseln denkbar, die zum Inhalt haben, in einem bestimmten Fall dürfe *ausländisches* Recht eines bestimmten Inhalts oder einer bestimmten Tendenz *nicht angewandt* werden (bestimmte Beziehungen zum Inland vorausgesetzt). Oder eine spezielle Vorbehaltsklausel könnte Abweichungen von der internen Regelung in einer bestimmten Art und Stärke für unerträglich erklären. Es könnten also selbst dann, wenn (nach Geslers Behauptung) der *ordre public*-Vorbehalt rein abwehrend ist, dem so verstandenen *ordre public*-Vorbehalt spezielle Vorbehaltsklauseln entsprechen. Geslers Ergebnis, spezielle Vorbehaltsklauseln seien nicht denkbar, ist demnach nicht zu bejahen. Ob aber eine positive, durchsetzende Vorbehaltsklausel spezieller Art dem allgemeinen *ordre public*-Vorbehalt entsprechen kann, vermag noch nicht entschieden zu werden.

Sowohl Geslers als auch Lewalds Erörterungen liegt die Vorstellung zugrunde, ein spezieller Vorbehalt des *ordre public* habe der allgemeinen Vorbehaltsklausel zu entsprechen. Beide Autoren messen die speziellen Vorbehaltsklauseln am allgemeinen *ordre public*-Vorbehalt und kommen nur deshalb zu verschiedenen Ergebnissen, weil ihre Vorstellungen vom *ordre public*-Vorbehalt sich unterscheiden. Entgegen Geslers Vorstellung sieht Lewald ³⁵⁾ den *ordre public*-Vorbehalt nicht als rein abwehrend an. Lewald sieht es einmal als Grund für das Eingreifen des *ordre public*-Vorbehalts an, daß das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts unerträglich sei, weil es im Widerspruch mit besonders wichtigen Prinzipien der Rechtsordnung stehe. Zum andern aber auch, daß gewisse besonders wichtige Grundsätze der eigenen Rechtsordnung unbedingt zur Anwendung gebracht

³⁴⁾ Revue critique 1954, 23.

³⁵⁾ Mitt. der Dt. Ges. f. Völkerrecht, Heft 7, 1926, 53.

werden sollen, obwohl die Kollisionsnorm an sich die Anwendung ausländischen Rechts anordne. Lewald erkennt neben dem abwehrenden auch einen durchsetzenden ordre public-Vorbehalt an.

Aus der Auseinandersetzung Geslers mit Lewald läßt sich daher nur entnehmen, daß der generelle Vorbehalt des ordre public sich in der speziellen Vorbehaltsklausel widerspiegeln muß. Im Ergebnis muß also ein spezieller Vorbehalt die Merkmale des generellen enthalten, sind die speziellen Vorbehalte vom Gesetzgeber vorweggenommene ordre public-Wertungen ³⁶⁾.

Niederer ³⁷⁾ meint jedoch, spezielle Vorbehaltsklauseln würden im Gegensatz zur allgemeinen Vorbehaltsklausel nur ausnahmsweise zur Wahrung grundlegender Auffassungen der eigenen Rechtsordnung angewandt, sie schrieben vielmehr einfach starr die Anwendung des eigenen Rechts in einzelnen Fällen vor. Niederer meint hiermit nicht, daß dies notwendigerweise so sein müsse, stellt vielmehr resignierend fest, daß die tatsächliche Ausgestaltung der speziellen Vorbehaltsklauseln sich von dem allgemeinen ordre public-Vorbehalt unterscheide. Wenn aber der Gesetzgeber den Anschauungen vom allgemeinen ordre public-Vorbehalt zuwider die speziellen Vorbehaltsklauseln regelt, so spricht dies nicht dagegen, daß beide übereinstimmen sollten, sondern nur gegen die Ausgestaltung der speziellen Klauseln in den Einzelfällen.

Frankenstein ³⁸⁾ schließlich unterscheidet den allgemeinen vom speziellen Vorbehalt. Er sieht neben dem allgemeinen ordre public noch eine zweite Kategorie, positive Regeln, die er als „pseudo-rattachements“ bezeichnet. Sie seien dem ordre public nahe verwandt, sie widersetzten sich wie dieser der Anwendung des Personalstatuts und unterschieden sich von ihm nur darin, daß der Anwendungsfall schon formuliert sei. Diese Trennung der beiden Erscheinungsformen und die Bezeichnung der speziellen Vorbehaltsklauseln mit einem anderen Namen bedeutet demnach keine sachliche Unterscheidung.

³⁶⁾ Lewald aaO 62; Kulig, Die Exclusivregel des Artikels 30 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Kiel 1911, 53; Marti, Der Vorbehalt des eigenen Rechts im Internationalen Privatrecht der Schweiz (ordre public) 1940, 74; Dölle, Der Ordre public im IPR, Beiträge zum Bürgerlichen Recht. Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausl. und int. Recht 1950, 89; M. Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954, 69; Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, 92.

³⁷⁾ Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl. 1961, 290.

³⁸⁾ Une doctrine moderne du Droit International Privé, Revue de Droit International Privé XXVII (1932) 63 ff.

Eine spezielle Vorbehaltsklausel kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn in ihr ein Sachverhalt geregelt ist, der auch Gegenstand des allgemeinen ordre public-Vorbehalts sein könnte. Das Verhältnis von allgemeinem und speziellem Vorbehalt ist der Beziehung von Blankettnorm und derjenigen Norm, die dem Tatbestand nach ausgefüllt ist, zu vergleichen³⁹⁾. Von dem ordre public-Gehalt der Bestimmung des Artikels 18 II hängt es ab, ob sie als spezielle Vorbehaltsklausel angesehen werden kann.

b. Kritische Untersuchung der ordre public-Lehren

Artikel 18 II könnte ein vom Gesetzgeber vollzogener Anwendungsfall des allgemeinen ordre public-Vorbehalts sein, der deshalb geregelt ist, weil den internen deutschen Ehelichkeitsanfechtungsnormen besondere Bedeutung zukommt⁴⁰⁾.

Es fragt sich, ob die Regelung in Artikel 18 II der deutschen Vorstellung vom ordre public-Vorbehalt entspricht. Nach ihr ist das nach den allgemeinen Regeln des internationalen Privatrechts zuständige ausländische Recht dann nicht anzuwenden, wenn dadurch die öffentliche Ordnung, der ordre public, des Inlands litte⁴¹⁾. Im Gegensatz hierzu fragt Artikel 18 II nicht danach, ob das ausländische Recht, das die Ehelichkeitsanfechtung regelt, inhaltlich gegen die Grundlagen der deutschen Rechtsordnung verstoße. Die Klausel verlangt keineswegs einen Widerspruch zwischen den fremden Rechtssätzen, die nach der regelmäßigen Anknüpfung anwendbar wären, mit den deutschen Vorstellungen, sondern wendet ohne weiteres deutsches Recht an. Sie macht also keinen ausnahmsweisen Vorbehalt zu gunsten des deutschen Rechts für den Fall, daß die Ehelichkeitsanfechtungsregeln eines ausländischen Rechts mit unseren Grundanschauungen nicht vereinbar wären. Sie verweist vielmehr generell auf das Heimatrecht der deutschen Mutter. Sie wendet sich demnach nicht gegen das fremde Recht, sondern bevorzugt das eigene, erweitert dessen Anwendungsbereich.

Artikel 18 II scheint daher der Vorstellung von der Vorbehaltsklausel des ordre public, wie sie in Deutschland herrscht, nicht zu entsprechen,

³⁹⁾ Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955, 5; Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht auf der Grundlage der Rechtsprechung, 1930, 24.

⁴⁰⁾ Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, 348; kritisch: Kegel, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1964, 310.

⁴¹⁾ M. Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954, 61.

weil er sich nicht ausnahmsweise gegen die Anwendung unerträglichen ausländischen Rechts wendet.

Dagegen ließe sich Artikel 18 II möglicherweise mit der in Frankreich vertretenen Lehre von den *lois d'ordre public* rechtfertigen. Diese Lehre kennt bestimmte Normen der *lex fori*, die von besonderer Wichtigkeit sind, sodaß sie immer anzuwenden sind, gleichgültig wie das an sich zuständige ausländische Recht beschaffen ist ⁴²⁾). Nach dieser Lehre kommt es nur auf die Bedeutung der einzelnen innerstaatlichen Bestimmungen an. Diese Voraussetzung könnte in Artikel 18 II gegeben sein, weil diese Bestimmung von den deutschen materiell-rechtlichen Regelungen ausgeht.

Soll also die spezielle Vorbehaltsklausel mit dem Maßstab des allgemeinen *ordre public*-Vorbehalts gemessen werden, so ist zunächst zu klären, was unter dem *ordre public*-Vorbehalt zu verstehen ist ⁴³⁾). Allerdings ist die Frage nach dem allgemeinen *ordre public*-Vorbehalt hier nur zur Rechtfertigung oder Ablehnung der speziellen Vorbehaltsklausel gestellt. Daher sind die einzelnen Merkmale des *ordre public*-Vorbehalts an dieser Stelle bloß insoweit bedeutsam, als sie für die Überprüfung des Artikels 18 II dienlich sein können. So kommt es einmal darauf an, ob bestimmte innerstaatliche Normen wie die materiellen Regeln über die Ehelichkeitsanfechtung überhaupt Gegenstand des *ordre public*-Vorbehalts sein können — es muß also die Frage nach der Gestalt des Schutzobjekts eines *ordre public*-Vorbehalts gestellt werden. Ferner ist es bedeutsam, ob materiell die deutsche Regelung der Ehelichkeitsanfechtung ihrer besonderen Bedeutung wegen als Schutzobjekt des *ordre public* in Frage kommen kann — es geht insoweit um die Frage der materiellen Bewertung des Gegenstandes eines *ordre public*-Schutzes. Außerdem muß geklärt werden, ob Artikel 18 II die Anwendung des eigenen Rechts aus Gründen des deutschen *ordre public* vorschreiben kann — in welcher Art der Schutz des *ordre public*-Vorbehalts gewährt wird. Und schließlich ist es von Bedeutung, ob die deutsche Staatsangehörigkeit der Mutter des Kindes das Eingreifen des *ordre public*-Vorbehalts rechtfertigen kann — ob eine besondere Beziehung des Sachverhalts zur eigenen Rechtsordnung vorliegen muß und wie eng sie zu sein hat.

⁴²⁾ Bartin, *Principes de Droit International Privé*, 1930, 252.

⁴³⁾ Die rechtsvergleichende Methode kann auch für die Klärung von Begriffen des allgemeinen Teils des Internationalen Privatrechts nützlich sein; Kegel, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht, Festschrift für Lewald, 1953, 280; Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, 379.

Es geht somit um vier Fragen: Wie das Schutzobjekt des *ordre public*-Vorbehalts formell und wie es materiell aussieht, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Art und Weise es geschützt wird.

Das Schutzobjekt des *ordre public*-Vorbehalts beschäftigt sowohl die Lehre von den *lois d'ordre public* als auch die Lehre von der Vorbehaltsklausel. Die Vertreter der Lehre von den *lois d'ordre public* sind sich darüber einig, daß bestimmte Gesetzesbestimmungen der *lex fori* — die *lois d'ordre public* — Schutzobjekte des *ordre public*-Vorbehalts seien. Sie sollen nach dieser Lehre⁴⁴⁾ wegen ihres *ordre public*-Charakters auch in Fällen mit Auslandsberührung im Widerspruch zu den generellen Verweisungsgeboten des Internationalen Privatrechts Geltung beanspruchen⁴⁵⁾.

Im Gegensatz hierzu sieht die Lehre von der Vorbehaltsklausel den Gegenstand des *ordre public*-Vorbehalts nicht in bestimmten gesetzlichen Bestimmungen, sondern in den Grundprinzipien der eigenen Rechtsord-

⁴⁴⁾ Lloyd, *Public Policy*, 1953, 79; Niederer, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, 3. Aufl. 1961, 284 f.

⁴⁵⁾ Eine andere Frage ist, wie im Einzelfall festzustellen ist, ob es sich um ein Gesetz *d'ordre public* handelt. Alglave, *Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2^e éd. 1874, 571 ff, nahm an, der *ordre public* habe Gesetze zum Gegenstand, „qui l'intéressent l'organisation de la société“; er wendet sich ausdrücklich gegen die enumerative Methode, die alle Gesetze mit *ordre public*-Charakter aufzähle. Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*, 1890, in: *Mélanges Antoine Pillet* 1929, 433, 437, versucht, die Gesetze *d'ordre public* zu klassifizieren. Moutier, *Du conflit des lois*, 1891, 100, sieht in den Gesetzen *d'ordre public* einen Teil der innerstaatlich bedeutsamen. Valéry, *Manuel de Droit International Privé*, 1914, no. 420 f, teilt die Gesetzesbestimmungen, die immer anzuwenden seien, in *lois d'ordre public territorial* und *personnel* ein. Bireaud, *Contributions à l'étude de l'ordre public en droit international privé*, These Aix-en-Provence 1932, 46 sieht in den Gesetzen *d'ordre public* Teile des *ordre public interne* mit besonders großer Wirksamkeit. Louis-Lucas, *Remarques sur l'ordre public*, *Revue de droit international privé*, XXVIII (1933) 399, will die Gesetze *d'ordre public* von den anderen unterscheiden, die diesen Charakter nicht haben. Gegen seine Einteilung wendet sich Valéry, *Examen critique des remarques sur l'ordre public* de M. Pierre Louis-Lucas, *Revue de Droit International et de Législation comparée*, XV (1934) 196; der aber auch von der *ordre public*-Natur bestimmter Gesetze ausgeht. Arminjon, *Précis de Droit International privé commercial*, 1948, no. 2, geht von der Existenz bevorzugter Regeln des innerstaatlichen Rechts aus, wenn er die Meinung vertritt, es gebe zwei Gruppen von internationalprivatrechtlichen Regeln: „*règles de rattachement ou de compétence juridictionnelle internationale*“ und „*règles de rattachement exceptionnelle*“, die man als „*règles de rattachement purement nationale*“ bezeichnen müsse. Martin, *Principes de Droit International Privé*, 1930, 25, erkennt *dispositions d'ordre public* an, die aber nicht enumerierbar seien. Mercier, *De l'ordre public en droit international*, *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, 1911, 162, sieht als allgemein anerkannt an, daß die Gesetze *ordre public*-Charakter haben, die den Zweck hätten, das öffentliche Recht und die öffentlichen Interessen zu schützen.

nung ⁴⁶⁾. Diese Vorstellung vom Schutzobjekt des *ordre public* findet sich auch im französischen Rechtskreis ⁴⁷⁾, andererseits ist auch in Deutschland die Lehre von der Vorbehaltsklausel nicht so uneingeschränkt anerkannt ⁴⁸⁾, wie Maury es anzunehmen scheint ⁴⁹⁾.

⁴⁶⁾ Die Vertreter der Lehre von der Vorbehaltsklausel unterscheiden sich allein in den Formulierungen. So spricht Niederer von den sittlichen Grundlagen des heimischen Rechts (Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl. 1961, 285), Müller-Freienfels von den Grundsätzen der Gerechtigkeit (Besprechung von: Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung, *RabelsZ* 22 (1957) 737) und von dem Inbegriff der die jeweilige Rechtsordnung beherrschenden Prinzipien (Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht, *AcP* 156 (1957) 537 ff), K. Simitis von den in der konkreten Staats- und Gesellschaftsordnung maßgebenden ordnungspolitischen Gesichtspunkten (Gute Sitten und *ordre public*, 1960, 204), Kegel vom unantastbaren Teil der eigenen Rechtsordnung (Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1964, 183), Neuhaus von einem gewissen nationalen Bestand von Fundamentalsätzen (Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 1962, 260), Dietrich von den Grundlagen des Gerichtsstaates (Zur Geltung nationalen Rechts im internationalen Rechtsverkehr, *JW* 38, 2606 ff), Vallindas von den Grundanschauungen des inländischen Rechts (*RabelsZ* 18, 1953, 4).

⁴⁷⁾ So bezeichnet es Loussouarn als Ziel des *ordre public*, „les bonnes moeurs françaises, les tendances sociales, politiques, économiques qui caractérisent notre civilisation propre“ zu bewahren (Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé* 8^e éd. 1962, no. 379). Niboyet nimmt einen *ordre public-Verstoß* dann an, wenn die Bestimmung des fremden Rechts so geartet sei, daß ihre Rezeption in Frankreich gegen ein grundlegendes Prinzip der sozialen Ordnung gehe (*Traité de droit international privé français*, 1948, Band V no. 1021). Maury wendet sich gegen die Lehre der *lois d'ordre public* und neigt der *ordre public*-Idee als Grundlage für die Ausschließung eines normalerweise kompetenten Rechts zu. Er bejaht eine Ausschließung ausländischer Rechtsnormen, wenn man sie nicht einordnen könne in die juristische Ordnung des Forums, wenn die Prinzipien oder Rechtsregeln unerträglich erschienen (*L'éviction de la loi normalement compétente: L'ordre public international et la fraude à la loi*, 1952, 90). Solodovnikoff will dem Richter die ganze Freiheit zur Anwendung der *lex fori* wiedergeben, wenn das fremde Recht „un principe essentiel de la législation française“ verletze (*L'ordre public en droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*, Thèse Paris 1936, 7 ff). Auch in Belgien finden sich Vertreter der Lehre von der Vorbehaltsklausel; so meint Le Vicomte Pouillet, es könne sich gegen die Anwendung fremden Rechts in Belgien ein ausnahmsweises Hindernis ergeben, wenn gewisse Prinzipien der Anwendung des normalerweise anwendbaren Rechts entgegenstehen (*Manuel de droit international privé belge*, 2^e ed. 1928, no. 328). Er unterscheidet die *principes d'ordre public* von den zwingenden befehlenden oder verbietenden Bestimmungen (aaO no. 329). De Vos bejaht den Vorbehalt gegen die Anwendung fremden Rechts aus wirtschaftlichen, moralischen oder politischen Konzeptionen und Überlegungen, die dem Lande eigentümlich seien und die nicht in einer Bestimmung der Gesetzgebung des Gerichtsstaates ihren Ausdruck gefunden haben (*Le problème des conflits de lois, Cours de droit international privé belge*, 1946, T. I no. 21). Und Graulich meint, „l'ordre public est constitué d'un ensemble de principes qui font échec à l'application d'une loi étrangère normalement compétente“ (*Principes de droit international privé*, 1961, no. 206).

Für die Frage, ob diese beiden verschiedenen Auffassungen vom Gegenstand des ordre public-Vorbehalts so scharf entgegengesetzt sind, wie es den Anschein hat, ist es bedeutsam, daß viele Autoren die beiden Lehren vom Vorbehalt des ordre public nebeneinander vertreten.

Schon Savigny ⁵⁰⁾ sah eine Wirkung des ordre public darin, Rechtssätze eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt seien, nicht anzuwenden. Daneben kannte er aber auch positiv-zwingende Gesetze, die den Grundsatz der Anwendung örtlichen Rechts, dem das streitige Rechtsverhältnis angehört, einschränken. Savigny hat demnach beide Richtungen beeinflusst, während Maury ⁵¹⁾ nur seinen Einfluß auf die Vorbehaltslehre sieht. Viele folgen Savignys Idee ⁵²⁾.

⁴⁸⁾ Klein untersucht z. B., ob den Gesetzen ein absoluter, zwingender Charakter beizulegen sei (Haben die deutschen Vorschriften über das Pflichtteilsrecht und Erbunwürdigkeit für das internationale Privatrecht einen zwingenden Charakter? Niem. Zeitschrift, XIII (1903) 87). Kulig meint, es sei gewiß, daß sittliche und wirtschaftliche oder politische Motive eines Rechtssatzes die Anwendung fremden Rechts ausschließen oder an dessen Stelle den Rechtssatz selbst angewandt wissen wollen (Die Exklusivregel des Artikels 30 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Kiel 1911, 44). Vgl. für die Schweiz Giesker-Zeller, der die Meinung vertritt, gewisse schweizerische Rechtssätze könnten um des öffentlichen Wohles willen ausschließliche Geltung beanspruchen (Der ordre public international in der Schweiz, Schweiz. Juristenzeitung XIV (1917/18) 135).

⁴⁹⁾ L'éviction de la loi normalement compétente: L'ordre public et la fraude à la loi, 1952, 38.

⁵⁰⁾ System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, 1956 (Nachdruck der Ausgabe von 1849) 32 ff.

⁵¹⁾ L'éviction de la loi normalement compétente: L'ordre public et la fraude à la loi, 36 f.

⁵²⁾ So tritt der ordre public nach Frankenstein einerseits der Anwendung fremden Rechts mit Rücksicht auf das fremde Recht entgegen, andererseits gibt es nach seiner Meinung aber auch absolute Sätze, die wegen der Eigenart ihrer Funktionen in unserer Rechtsordnung es nicht vertragen, überhaupt in irgendeine Beziehung zu fremdem Recht gesetzt zu werden (Internationales Privatrecht (Grenzrecht) Band I 1926, 192 ff). Frankenstein anerkennt den ordre public absolu, der die territorialen Institutionen beschütze, und den ordre public relatif, der fremde Bestimmungen ausschließe, die mit den nationalen Begriffen unvereinbar seien (Tendances nouvelles du droit international privé, 1931, 82 f). Melchior will ausländisches Recht ausnahmsweise nicht anwenden, wenn dessen Anwendung besonders wichtigen Grundsätzen der lex fori widerspricht, aber auch dann, wenn nach dem Geist und Zweck der Rechtsnormen des Inlandes die Anwendung des betreffenden ausländischen Rechts zu einem Ergebnis führen würde, welches den absolut gebietenden oder verbotenden Normen des inländischen Rechts widerspricht (Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, 1932, 326). Lewald kennt desgleichen zwei Formen der ordre public-Erwägung, die Abweisung des fremden Rechts, weil es in Widerspruch stehe mit besonders wichtigen Prinzipien der eigenen Rechtsordnung, und die unbedingte Anwendung gewisser besonders wichtiger Grundsätze der Rechtsordnung (Die staatsvertragliche Regelung der internationalprivatrechtlichen

Es fragt sich, ob man der Lehre von den *lois d'ordre public* oder derjenigen von der Vorbehaltsklausel Recht geben muß oder ob der Vorstellung vom *ordre public*, die beide Lehren verbindet, der Vorzug zu geben ist. Für diese Frage ist es von Bedeutung, ob das Ergebnis dasselbe ist, wenn man nach einem hervorragenden Prinzip oder einem besonders wichtigen Gesetz sucht, um einen *ordre public*-Verstoß anzunehmen. Als Beispiel gelte eine Entscheidung des Bundesgerichtshof⁵³⁾, in der er der deutschen Braut einen Kranzgeldanspruch gegen ihren ehemaligen österreichischen Verlobten aus Gründen des deutschen *ordre public* zusprach; hierbei fragte das Gericht nach der Bedeutung der deutschen Bestimmung. Das Gericht hätte zu demselben Ergebnis kommen können, wenn es in der Verantwortlichkeit des Mannes, dem sich seine Verlobte in Erwartung der Ehe hingibt, ein bedeutsames Prinzip der deutschen Rechtsordnung gesehen hätte. Wegen der Unterschiedlichkeit der Vorstellung vom Gegenstand des *ordre public*-Vorbehalts ist das Ergebnis demnach nicht notwendig verschieden. In den Fällen, in denen ein innerstaatliches Prinzip eine gesetzliche Regelung gefunden hat, können die beiden Lehren nicht zu verschiedenen Ergebnissen kommen. Denn die Schutzobjekte sind identisch, gleichgültig ob die innerstaatliche Bedeutung einer gesetzlichen Regelung oder das ihr zugrunde liegende Prinzip in Frage steht.

Dennoch können die beiden Lehren zu verschiedenen Ergebnissen führen, wenn es um den *ordre public*-Schutz von Prinzipien geht, die nicht Gegenstand einer innerstaatlichen gesetzlichen Regelung sind. In diesen Fällen ist die Lehre von den *lois d'ordre public* enger. Sie würde diesen Prinzipien

Vorbehaltsklausel, Mitt. der Dt. Ges. für Völkerrecht, Heft 7, 1926, 52 f). Ficker meint, daß es auch Gesetze mit *ordre public* Charakter gebe (Grundfragen des deutschen interlokalen Rechts, 1952, 93), desgleichen Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht, 1959, 67). Wengler spricht sich zwar für die Nichtanwendung der ausländischen Sachnorm aus, wenn ihre Anwendung angesichts der vorhandenen Anknüpfungen des Rechtsverhältnisses der öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten oder gewissen besonders wichtigen zwingenden Sachnormen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen der *lex fori* widerspreche. Er beruft sich jedoch auch auf die zwingenden Sachnormen und sieht die Bedeutung des Inhalts bestimmter Sachnormen der *lex fori* (Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen, ZföffRecht 23 (1944) 476). Neuhaus sieht streng positive Gesetze, die bevorzugt zur Geltung gebracht werden, und die Ausschließung der fremden Rechtsnormen, wenn ihre Anwendung wesentlichen Grundsätzen des inländischen Rechts widerspräche (Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 1962, 257). Und Louis-Lucas stellt *règles d'ordre public*, die zwingende Natur haben, neben die *exception d'ordre public*, die fremde juristische Prinzipien zurückweist, die uns ungelegen seien (Remarques sur l'ordre public, Revue de Droit International Privé XXVIII, 1933, 440).

⁵³⁾ FamRZ 1959, 105 ff; mit Anm. Dölle in JZ 1959, 490; vgl. ebenfalls BGH NJW 1957, 184; 1961, 1061 ff.

den Schutz versagen. Diese Unterscheidung zwischen Prinzipien, die sich in Gesetzen ausgeprägt haben, und den nicht normierten ist jedoch nicht begründet⁵⁴⁾. Gegenstand des ordre public-Vorbehalts kann demnach ein innerstaatliches Prinzip sein, das in einem Gesetz enthalten ist, oder ein Prinzip, das keine gesetzliche Regelung fand. Es darf nicht wegen der Betonung der *Gesetzesnatur* des ordre public-Schutzobjekts durch die Lehre von den lois d'ordre public übersehen werden, daß es Prinzipien besonderer Bedeutung gibt, die nicht normiert sind. Es muß jedoch ebenso vermieden werden zu übersehen — was die Lehre von der Vorbehaltsklausel nahelegte —, daß es *bedeutsame Prinzipien enthaltende Gesetze* gibt, die zu den Grundlagen der Rechtsordnung gehören.

Die Betonung der Frage nach der Gestalt des Schutzobjekts von ordre public-Vorbehalten lenkt von dem Problem ab, welchen materiellen Inhalt das Schutzobjekt haben muß, und in welcher Art und Weise es geschützt werden soll. Nachdem geklärt ist, daß es auf die Gestalt des Schutzobjekts nicht ankommt, steht fest; der ordre public ist kein Konstruktions-, sondern ein *Wertungsproblem*.

Allerdings könnte die Gestalt des Schutzobjekts von ordre public-Vorbehalten von Bedeutung für die Wertfrage sein; denn im Bereich der Lehre von den lois d'ordre public wird der ordre public häufiger herangezogen als im Wirkungskreis der Lehre von der Vorbehaltsklausel. Die Ansicht, Schutzobjekt des ordre public-Vorbehalts sei ein Gesetz besonderer Bedeutung, hat nicht notwendig zur Folge, daß der ordre public häufig als bedroht gilt. Die Lehre von den lois d'ordre public könnte jedoch eine Suggestivwirkung insofern haben, als immer dann, wenn von Gesetzen mit ordre public-Charakter die Rede ist, die Annahme hervorgerufen wird, es handele sich bei diesen Gesetzen um den naheliegenden Normalfall. Spricht man jedoch von der Vorbehaltsklausel des ordre public, so deutet das auf den Ausnahmecharakter des Vorbehalts hin. Denkbar wäre jedoch auch, im Bereich der Lehre von den lois d'ordre public zu betonen, sie seien die außerordentlich seltene Ausnahme; andererseits könnte von den Vertretern der Vorbehaltsklausel gefordert werden, den Vorbehalt so häufig

⁵⁴⁾ Prinzipien, die in der Rechtsprechung oder der Rechtslehre entwickelt wurden, gehören ebenso zur Rechtsordnung wie die Prinzipien der Gesetzgebung (Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, 132). Es besteht deshalb kein Grund, sie vom ordre public Schutz auszuschließen, nur weil ihnen die gesetzliche Gestalt fehlt. Es kann nicht auf *Erscheinungsform* des Schutzobjekts des ordre public-Vorbehalts ankommen, sondern allein auf den *Inhalt* dieses Gegenstandes. Es ist somit für einen ordre public-Vorbehalt gleichgültig, ob die Prinzipien, die er schützen soll, in einem Gesetz normiert sind oder nicht (De Vos, Le problème des conflits de lois. Cours de droit international privé belge, 1946, Band I. no. 24).

wie möglich zu machen. Die Frage der Gestalt des ordre public-Schutzobjekts hat somit keinen notwendigen, sondern allenfalls einen zufälligen Einfluß auf die Wertungsfrage.

Die Wertungsfrage, nicht die Gestalt des Schutzobjekts in den Vordergrund zu stellen, entspricht der englischen Lehre von der public policy. Deren Aufgabe soll sein, in vielen Fällen fremdes Recht wegen seines Inhalts, der unvereinbar mit den grundlegenden ethischen Anschauungen der lex fori ist, nicht anzuwenden⁵⁵⁾. Es fragt sich, wie die Wertung zu treffen ist. Hierfür ist es bedeutsam, wie der ordre public zu schützen ist. Ein Unterschied in der Wertung kann darin gesehen werden, daß die Lehre von den lois d'ordre public einzelne Bestimmungen der lex fori wegen ihrer besonderen Wichtigkeit immer anwenden will, während die Lehre von der Vorbehaltsklausel fremdes Recht, daß gegen die sittlichen Grundlagen verstößt, ausschließen will⁵⁶⁾. So sieht Müller-Freienfels⁵⁷⁾ die Gegensätzlichkeit der beiden Lehren darin, daß die deutsche Vorbehaltsklausel nur negativ die Anwendung eines an und für sich zuständigen ausländischen Rechtssatzes verhindere, weil diese nicht mit den deutschen Grundsätzen der Gerechtigkeit in Einklang stehe, während die französische Lehre von den lois d'ordre public sich positiv darauf stütze, daß es im Inland Gesetze gebe, die immer ausländischem Recht vorgehen. Der Tendenz zum *Durchsetzen* der eigenen Rechtssätze⁵⁸⁾ steht das Bestreben gegenüber, das fremde Recht *abzuwehren*. So verfährt Wengler⁵⁹⁾ die abwehrende Funktion des ordre public, der der Anwendung ausländischer Sachnormen wegen des unerwünschten Ergebnisses Grenzen setze; Niederer⁶⁰⁾ bezeichnet die Vorbehaltsklausel als eine Art Notstandsklausel, deren Ausnahmecharakter

⁵⁵⁾ Lloyd, Public Policy, 1953, 75; Cheshire, Private International Law, 6th ed. 1961, 136; Abraham, Die Doktrin der Public Policy, AcP 150 (1949) 386; M. Wolff, Private International Law, sec. ed. 1950, 180; Knight, Public Policy in English Law, the Law Quarterly Review, XXXVIII (1922) 219; Dicey-Keith, Conflict of Laws, 7th ed. 1958, 13; Foster, La théorie Anglaise du Droit International Privé, Rec. des Cours 65 (1938) III 509.

⁵⁶⁾ Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl. 1961, 284 f.

⁵⁷⁾ Besprechung von: Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in rechtsvergleichender Darstellung, RabelsZ 22 (1957) 737 f.

⁵⁸⁾ Despagne, L'ordre public en droit international privé, Clunet 1889, 207; Valéry, Manuel de droit international privé, 1914, no. 420; Arminjon, Précis de droit international privé commerciale 1948, no. 2.

⁵⁹⁾ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen, ZföffR 23 (1944) 493.

⁶⁰⁾ Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl. 1961, 287.

der Verteidigung dann deutlich werde, wenn das Ergebnis nach den ethischen Grundlagen der *lex fori* offensichtlich ungerecht wäre; Schnitzer ⁶¹⁾ will die Bestimmungen des ausländischen Rechts nicht beachtet wissen, wenn das Ergebnis ihrer Anwendung mit schweizerischer Auffassung gänzlich unvereinbar ist; und nach Vischer ⁶²⁾ verhindert der *ordre public* die Anwendung des durch die Kollisionsrechtsnorm aufgezeigten ausländischen Rechts, wenn sie den Prinzipien der einheimischen Rechtsordnung in unerträglichem Maße widerspricht. Auch im französischen Rechtskreis setzt sich die Vorstellung von der abwehrenden Natur des *ordre public*-Vorbehalts durch: Loussouarn ⁶³⁾ spricht sich für den *ordre public* als ausnahmsweises Korrektiv aus, das es gestatte, die fremde, normalerweise kompetente Norm auszuschalten, wenn ihre Bestimmungen dem Richter unzumutbar erschienen; Niboyet ⁶⁴⁾ nimmt dann einen *ordre public*-Verstoß an, wenn die Bestimmung des fremden Rechts so geartet sei, daß ihre Rezeption in Frankreich gegen ein grundlegendes Prinzip der sozialen Ordnung gehe; nach Batiffol ⁶⁵⁾ hat der defensive *ordre public* den unzulässigen Inhalt fremden Rechts zurückzuweisen; Maury ⁶⁶⁾ neigt der *ordre public*-Idee als Grundlage für die Ausschließung eines normalerweise kompetenten Rechts zu; die *commission de réforme du Code civil* hat sich dafür ausgesprochen, daß dem *ordre public* nur noch die negative Funktion der Abwehr fremden Rechts zukommen solle, nicht mehr die positive der unbedingten Anwendung inländischer sogenannter *lois d'ordre public* ⁶⁷⁾. In Belgien vertreten Le Vicomte Pouillet ⁶⁸⁾ und de Vos ⁶⁹⁾ die Abwehrfunktion des *ordre public*-Vorbehalts.

Häufig werden jedoch die beiden Arten der *ordre public*-Reaktion, die positiv durchsetzende und die negativ abwehrende, nebeneinander vortreten.

⁶¹⁾ Bedarf das Schweizerische internationale Privatrecht eines neuen Gesetzes? Schweiz. Jahrb. für int. Recht XII (1955) 55 ff.

⁶²⁾ Der Richter als Gesetzgeber im internationalen Privatrecht, Schweiz. Jahrb. für int. Recht XII (1955) 99.

⁶³⁾ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, 8^e éd. 1962, no. 378.

⁶⁴⁾ *Traité de droit international privé français*, 1948, Band V no. 1020.

⁶⁵⁾ *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd. 1959, no. 356.

⁶⁶⁾ L'éviction de la loi normalement compétente: L'ordre public international et la fraude à la loi, 1952, 21 ff.

⁶⁷⁾ Makarov, Der allgemeine Teil des Internationalen Privatrechts im Entwurf des neuen französischen Kodifikationswerkes, *Festschrift für M. Wolff*, 1952, 247 ff.

⁶⁸⁾ *Manuel de droit international privé belge*, 2^e éd. 1928, no. 328.

⁶⁹⁾ *Le problème des conflits de lois*, 1946, Band I. no. 20.

Schon Savigny⁷⁰⁾ erkannte an, daß mit Rücksicht auf manche Arten von Gesetzen der Grundsatz der Anwendung des örtlichen Rechts, dem das streitige Rechtsverhältnis angehört, beschränkt werden müsse, andererseits aber auch, daß Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt seien, nicht angewendet werden sollen⁷¹⁾. Zitelmann⁷²⁾ sieht als Zweck der Vorbehaltsklausel, daß sie sich bald die Nichtanwendung fremden, an sich anwendbaren Rechts vorbehalte, bald die Anwendung eigenen, an sich nicht anwendbaren Rechts. Peter Klein⁷³⁾ meint, die Vorbehaltsklausel besage, gewisse Rechtssätze des an sich anwendbaren fremden Rechts seien unanwendbar, gewisse Rechtssätze des an sich nicht anwendbaren eigenen Rechts seien anwendbar. Nach Frankenstein⁷⁴⁾ tritt man der mit der Vorbehaltsklausel der Anwendung fremden Rechts einmal mit Rücksicht auf das fremde Recht, zum anderen mit Rücksicht auf absolute Sätze der eigenen Rechtsordnung entgegen; er unterscheidet den *ordre public absolu*, der die territorialen Institutionen beschütze, und den *ordre public relatif*, der fremde Bestimmungen ausschließe, die mit den nationalen Begriffen unvereinbar seien⁷⁵⁾. Nach Lewald⁷⁶⁾ gibt es zwei Wege, auf denen der Richter Erwägungen anstelle, wenn er sich auf den *ordre public* seines Landes be ruft; an sich müsse er auf Grund der für ihn maßgebenden Kollisionsnormen das Recht des Staates A anwenden, das Ergebnis sei jedoch unerträglich, weil es im Widerspruch zu besonders wichtigen Prinzipien der eigenen Rechtsordnung steht. Oder der Richter nehme sofort sein eigenes Recht zum Ausgangspunkt, indem er argumentiere, gewisse besonders wichtige Grundsätze der eigenen Rechtsordnung wollen unbedingt zur Anwendung gebracht werden, obwohl die Kollisionsnorm an sich die Anwendung ausländischen Rechts anordne. Auch Dölle⁷⁷⁾ bejaht sowohl die Abwehrfunktion als auch den Durchsetzungsdrang des eigenen Rechts; er meint, dort werde das eindringende fremde Recht ferngehalten, weil man es nicht dulden kann; hier sei der Zielwille des eigenen Rechts so

⁷⁰⁾ System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, 1849, 32.

⁷¹⁾ aaO 37.

⁷²⁾ Internationales Privatrecht, Erster Band, 1897, 322.

⁷³⁾ Die Lehre vom *ordre public*, Arch. für bürgerl. Recht 29 (1906) 319.

⁷⁴⁾ Internationales Privatrecht (Grenzrecht) Band I 1926, 192 ff.

⁷⁵⁾ *Tendances nouvelles de droit international privé*, 1931, 82 f.

⁷⁶⁾ Die staatsvertragliche Regelung der internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklausel, Mitt. der dt. Ges. f. Völkerrecht, Heft 7. 1926, 52 f.

⁷⁷⁾ Der *ordre public* im Internationalen Privatrecht, 1950, 95.

intensiv, daß es unbekümmert seine Zwecke verfolge. Louis-Lucas ⁷⁸⁾ sieht die durchsetzende Natur der *règles d'ordre public* und die zurückweisende Funktion der *exception d'ordre public*.

Es fragt sich, ob der durchsetzenden oder abwehrenden Funktion des *ordre public*-Vorbehalts der Vorzug zu geben ist, oder ob beide Funktionen nebeneinander möglich sind.

Wäre der Meinung der Lehre von den *lois d'ordre public* zu folgen und wären als Schutzobjekt des Vorbehalts nur *Gesetze* anzuerkennen, so könnte die allein durchsetzende Funktion des *ordre public*-Vorbehalts zu bejahen sein. Wenn aber *Prinzipien* des eigenen Rechts Schutzobjekt des *ordre public*-Vorbehalts sind, ohne daß sie in einer gesetzlichen Regel enthalten sein müßten, dann ist nicht ohne weiteres ersichtlich, ob der Schutz dieser Prinzipien in der Durchsetzung dieser Prinzipien oder in der Abwehr fremder Ideen liegen soll.

Die Anwendung eigenen Rechts und die Nichtanwendung fremden Rechts bilden nicht einen sich ausschließenden Gegensatz ⁷⁹⁾. Immer dann, wenn eigenes Recht angewandt wird, liegt darin die Nichtanwendung des fremden Rechts. Und in der Nichtanwendung des fremden Rechts kann die Anwendung des eigenen Rechts liegen, wenn nämlich das eigene Recht eine positive Regelung enthält, die das fremde Recht nicht kennt. Wenn aber das fremde Recht deshalb nicht angewandt wird, weil es eine positive Regelung enthält, die dem eigenen Recht nicht bekannt ist, dann liegt in der Nichtanwendung des fremden nicht zugleich die Anwendung des eigenen Rechts ⁸⁰⁾.

Die Frage, ob das eigene Recht durchgesetzt oder ob das fremde Recht abgewehrt wird, hängt demnach immer von der Eigenart des geschützten Prinzips ab. Handelt es sich um ein Prinzip, das nur der inländischen Rechtsordnung bekannt ist, nur in ihr positiv geregelt ist (wie zum Beispiel der Kranzgeldanspruch oder das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts), dann kann dieses Prinzip nicht anders geschützt werden als dadurch, daß es auch in einem Fall mit Auslandsberührung durchgesetzt wird. Wäre es andererseits so, daß die Regelung besonderer Art in einer ausländischen Rechtsordnung enthalten wäre und der inländischen unbekannt und un-

⁷⁸⁾ Remarques sur l'ordre public, *Revue de Droit International Privé*, XXVIII (1933) 440.

⁷⁹⁾ Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Erster Band 1897, 324 ff.

⁸⁰⁾ Auch in der Ausschließung des fremden Rechts liegt eine positive Durchsetzung der heimischen Grundsätze, Neumayer, *Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel*, *Festschrift für Dölle* Band II 1963, 207.

erträglich wäre (enthielte zum Beispiel eine ausländische Rechtsordnung den Kranzgeldanspruch oder das Anfechtungsrecht einer öffentlichen Stelle in Kindschaftssachen), dann müßte der *ordre public*-Vorbehalt abwehrend sein.

Da es somit auf den Inhalt des ausländischen Rechts und die Art des innerstaatlichen Prinzips ankommt, kann nicht generell gesagt werden, die eine oder die andere Funktion des *ordre public*-Vorbehalts allein komme in Betracht. Der *ordre public*-Vorbehalt muß daher, um allen schützenswerten Prinzipien gerecht werden zu können, sowohl durchsetzend als auch abwehrend sein können.

Auch die Art des *ordre public*-Schutzes ist als Kriterium nicht entscheidend. Es kann daher nur auf die Frage ankommen, wie häufig ein Vorbehalt zugunsten innerstaatlicher Prinzipien und zugunsten welcher innerstaatlichen Prinzipien zu machen ist. Entscheidend ist daher, wie die Prinzipien beschaffen sein müssen, zu deren Gunsten ein Vorbehalt für eine Abwehr des sie bedrohenden fremden Rechts oder zu ihrer Durchsetzung gemacht werden kann. Es kommt auch darauf an, wie leicht von der Normalanknüpfung zum Zwecke des *ordre public*-Schutzes abgewichen werden kann.

Die italienische Schule⁸¹⁾ sieht im *ordre public* eins der beiden Prinzipien des Internationalen Privatrechts, indem sie sich auf Mancini⁸²⁾ beruft. In dieser Auffassung liegt die Tendenz, den *ordre public* als Regel, nicht als Ausnahme zu sehen. Ebenso fordert Kronstein⁸³⁾, „the public order has to be given the primary consideration“. Er sieht in jedem Gebiet des wirtschaftlichen Lebens einen Teil des *ordre public* und meint, die Kollisionsregeln sollten die soziale und wirtschaftliche Ordnung jedes Landes und seine Institutionen schützen. Die Kollisionsregeln sollten nicht „instrument of private planners“ werden. Dem ist entgegenzuhalten, daß nur dann eine einzelstaatliche Regelung des Kollisionsrechts sinnvoll ist, wenn sie auf fremde Rechtsordnungen verweist und bereit ist, ausländische Regeln anzuwenden. Will sie in allen Einzelheiten die eigene Ordnung bewahren, so widerspricht dies der gebotenen Toleranz gegenüber fremden Rechtsordnungen. Es ist nicht von ihnen ohne weiteres zu erwarten, sie werden die eigene Rechtsordnung gefährden. Es muß viel-

⁸¹⁾ Kegel, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1964, 66.

⁸²⁾ Della nationalità come fondamento de diritto delle genti, 1851; De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les états, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit International privé pour assurer la décision uniform des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, Clunet 1874, 296.

⁸³⁾ Crisis of „Conflict of Laws“, The Georgetown Law Journal 1949, 511.

mehr genau untersucht werden, ob eine solche Gefährdung vorliegt. Sie ist nicht zu vermuten.

Dementsprechend wird auch seit Savigny fast einhellig die Ausnahmenatur des ordre public-Vorbehalts vertreten. Einige Autoren sprechen ausdrücklich von dem Ausnahmecharakter der Vorbehaltsklausel; so bezeichnet Giesker-Zeller⁸⁴⁾ den ordre public als *Ausnahmeregel*; Le Viscomte Pouillet⁸⁵⁾ meint, der ordre public richte nur ein *ausnahmsweises* Hindernis auf; nach Dölle⁸⁶⁾ wird der ordre public-Vorbehalt durch seinen *Ausnahmecharakter* gekennzeichnet; Müller-Freienfels⁸⁷⁾ betont, daß die deutsche Vorbehaltsklausel die Anwendung eines an und für sich zuständigen ausländischen Rechtssatzes *ausnahmsweise* verhindere. Andere Verfasser umschreiben die Ausnahmenatur des ordre public-Vorbehalts; so bezeichnet ihn Frankenstein⁸⁸⁾ als *äußersten Notbehelf*; De Vos⁸⁹⁾ will den ordre public nur bei *unerträglichen Folgen* anwenden; Schnitzer⁹⁰⁾ will die ausländischen Bestimmungen insoweit nicht beachten, als das Ergebnis ihrer Anwendung mit schweizerischer Auffassung *gänzlich unvereinbar* ist; Vischer⁹¹⁾ verlangt, daß die ausländische Regelung der einheimischen Rechtsordnung in *unerträglicher Weise* widersprechen würde; Kegel⁹²⁾ will den ordre public nur eingesetzt wissen, wenn das ausländische Recht die materiellprivatrechtliche Gerechtigkeit *aufs gröbste* verletzt; nach Loussouarn⁹³⁾ ist der ordre public ein Korrektiv, das eingreife, wenn das fremde Recht „*un tort grave*“ darstelle; Maury⁹⁴⁾ fordert, das fremde Recht müsse *chockierend* sein. Einige Autoren betonen die Ausnahmenatur des ordre public-Vorbehalts, indem sie die besondere Wichtigkeit der geschützten innerstaatlichen Prinzipien hervorheben; so

⁸⁴⁾ Der ordre public international in der Schweiz, Schweiz. Jur.Z. XIV (1917 bis 1918) 133.

⁸⁵⁾ Manuel de droit international privé belge, 2^e éd. 1928, no. 328.

⁸⁶⁾ Der ordre public im IPR, 1950, 90.

⁸⁷⁾ RabelsZ 22 (1957) 77.

⁸⁸⁾ Internationales Privatrecht (Grenzrecht) Band I 1926, 187 ff.

⁸⁹⁾ Le problème des conflits de lois, 1946, no. 20 f.

⁹⁰⁾ Bedarf das Schweizer. internationale Privatrecht eines neuen Gesetzes? Schweiz. Jahrb. f. int. Recht XII (1955) 55.

⁹¹⁾ Der Richter als Gesetzgeber im Internationalen Privatrecht, Schweiz. Jahrb. f. int. Recht. XII (1955) 99.

⁹²⁾ Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht, Festschrift für Hans Lewald, 1953, 278.

⁹³⁾ Lerebours-Pigeonnière, Droit international privé, 8^e éd. 1962, no. 379.

⁹⁴⁾ L'éviction de la loi normalement compétente: L'ordre public international et la fraude à la loi, 1952, 77.

sieht Lewald⁹⁵⁾ es als gefährlich an, wenn der *ordre public* sich nicht damit begnügen wolle, Wächter und Hüter der *fundamentalsten* Prinzipien der *lex fori* zu sein; Wengler⁹⁶⁾ wendet den *ordre public*-Vorbehalt nur bei Betroffensein *elementarster* Sätze an.

Aus der Ausnahmenatur des *ordre public*-Vorbehalts⁹⁷⁾ folgt: Der Vorbehalt darf nur zugunsten besonders bedeutsamer Prinzipien der innerstaatlichen Rechtsordnung gemacht werden. Er darf auch zu ihren Gunsten nur ausnahmsweise geschehen, wenn die ausländische Regelung von den innerstaatlichen hervorstechenden Prinzipien erheblich abweicht. Die Ausnahmenatur des *ordre public*-Vorbehalts hat demnach zur Folge, daß zunächst dasjenige ausländische Recht, das an sich nach den generellen Kollisionsregeln anwendbar wäre, auf jeden Fall zu betrachten ist. Erst dann kann die Abweichung von den eigenen schützenswerten Prinzipien festgestellt werden. Nur ein Vergleich beider Lösungen kann ergeben, daß die Anwendung des ausländischen Rechts den innerstaatlichen Prinzipien besonderer Bedeutung unerträglich wäre.

Eine weitere Folge der Ausnahmenatur des *ordre public*-Vorbehalts ist es, daß nur dann der Vorbehalt zu machen ist, wenn der Sachverhalt genügend eng mit der eigenen Rechtsordnung verknüpft ist. Es muß eine Binnenbeziehung bestehen. Schon Kahn⁹⁸⁾ betonte, es müßten die Voraussetzungen für eine subsidiäre Anknüpfung gegeben sein; wenn die Anknüpfung wenig intensiv sei und für das betreffende Rechtsverhältnis relativ unwichtig, dann könnten Gesetze, die von fundamentaler Bedeutung für das ganze Staatsleben seien, gleichwohl auf ihre Anwendung verzichten. Umgekehrt könnte ein Gesetz geringfügiger Bedeutung niemals dem fremden Recht den Vortritt lassen, wenn die Anknüpfung von

⁹⁵⁾ Die staatsvertragliche Regelung der internationalprivatrechtlichen Vorbehaltsklausel, Mitt. der dt. Ges. f. Völkerrecht, Heft 7, 1926, 57.

⁹⁶⁾ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des IPR und ihre Kollisionen, ZföfFR 23 (1944) 499.

⁹⁷⁾ Sie wird des weiteren von Bartin (*Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale*, *Revue de Droit International et de Législation comparée*, XXIX, 1897, 386); Niboyet (*Traité de droit international privé français*, 1948 T. V, no. 1022) und dem Schweizerischen Bundesgericht anerkannt (Entscheid vom 3. Okt. 1952, Schweiz. Jahrb. f. int. Recht XII (1955) 239).

Auch Vertreter der Lehre der *lois d'ordre public* sehen die Ausnahmenatur des *ordre public*-Vorbehalts, Despagnet (*L'ordre public en droit international privé*, Clunet 1889, 5 f), Solodovnikoff (*La notion de l'ordre public en droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*, Thèse Paris 1936, 13).

⁹⁸⁾ Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht, Jher.J 39 (1898) 24 ff.

großer Intensität sei. Die Binnenbeziehung⁹⁹⁾ muß eine subsidiäre Anknüpfung zur eigenen Rechtsordnung rechtfertigen; jedoch darf der Sachverhalt nicht so intensiv mit der Rechtsordnung verbunden sein, daß eine primäre Anknüpfung zu rechtfertigen wäre¹⁰⁰⁾.

Aus der Ausnahmenatur des ordre public-Vorbehalts folgt schließlich: in der Regel soll die Lücke, die durch die Abweisung des ausländischen Rechts entsteht, durch das von dem anstößigen Rechtssatz befreite ausländische Recht ausgefüllt werden. Nur dann, wenn das eigene innerstaatliche Prinzip nicht anders geschützt werden könnte als durch durchsetzende Anwendung, soll das eigene Recht anwendbar sein. Generell kann aber nicht gesagt werden, daß immer das ausländische Recht die Lösung des Falles geben solle, wie im Bereich der Vorbehaltslehre gefordert wird¹⁰¹⁾, oder daß immer das eigene Recht die Lücke ausfülle, wie die Vertreter der Lehre von den lois d'ordre public verlangen¹⁰²⁾. Vielmehr muß das innerstaatliche Prinzip mit der ausländischen Norm verglichen werden: dann erst darf sich entscheiden, ob es notwendig ist, das ausländische Recht vom heimischen ersetzen zu lassen¹⁰³⁾.

Der ordre public-Vorbehalt darf demnach nur zugunsten von Prinzipien gemacht werden, die besondere innerstaatliche Bedeutung haben, und zwar ausschließlich in den Fällen, in denen durch starke Abweichungen des ausländischen Rechts das innerstaatliche Prinzip gefährdet wäre, und unter der Voraussetzung, daß der Sachverhalt mit der Rechtsordnung genügend eng verbunden ist.

c. Stellungnahme zur Frage des ordre public-Gehalts der Klausel

Es fragt sich, ob Artikel 18 II mit der erarbeiteten Vorstellung vom ordre public-Vorbehalt übereinstimmt.

Für die Beantwortung dieser Frage ist es ohne Bedeutung, daß mate-

⁹⁹⁾ Sie wird u. a. anerkannt von Bärwald (Der ordre public in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Köln, 1935, 5, Wengler (Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen, ZföfFR 23, 1944, 477), Kegel (Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht, Festschrift für Hans Lewald, 1953, 278) und Niederer (Einführung in die allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts, 3. Aufl. 1961, 296).

¹⁰⁰⁾ Kramer, Ordre public und Arbeitsvertrag, Diss. Köln 1933, 42.

¹⁰¹⁾ vgl. Dölle, Der ordre public im IPR, 99.

¹⁰²⁾ vgl. Maury, Revue critique 1954, 24 f.

¹⁰³⁾ Arminjon, Précis de droit international privé, I, 3^e éd. 1947, no. 111.

riell-rechtliche *Gesetzesbestimmungen* Gegenstand des Vorbehalts in Artikel 18 II sind. Auf die Gestalt des Schutzobjekts kommt es nicht an ¹⁰⁴⁾).

Die Binnenbeziehung des Falles, der Artikel 18 II zugrundeliegt, kann wegen der deutschen Staatsangehörigkeit der Mutter des Kindes bejaht werden. Die Beziehung des Sachverhalts zur deutschen Rechtsordnung ist jedoch nicht so stark, daß eine primäre Anknüpfung in Frage käme. Die Ehelichkeit eines Kindes berührt die Interessen der Mutter, denn von dieser Frage hängt es ab, ob sie Mutter eines ehelichen oder eines unehelichen Kindes ist. Die Ehelichkeit des Kindes seiner Ehefrau interessiert den Ehemann, denn es geht für ihn um die Frage, ob er Vater eines Kindes ist oder nicht. Selbst wenn man diese Interessen der beiden Ehegatten an der Frage der Ehelichkeit gleich zu bewerten hätte, könnte die Beziehung des Falles zu der Rechtsordnung, der die Mutter angehört, nicht enger sein als diejenige zu der Rechtsordnung, der der Ehemann zugehört. Deshalb käme eine primäre Anknüpfung an das deutsche Recht nicht in Betracht. Die Beziehung des Sachverhalts ist eng genug, um einen ordre public-Vorbehalt nicht auszuschließen, aber nicht so eng, daß sie eine Anknüpfung für den Regelfall geböte.

Die Antwort auf die Frage nach dem ordre public-Gehalt des Artikels 18 II hängt demnach nur davon ab, ob ein unumgänglich notwendiger Vorbehalt zugunsten eines bedeutsamen Prinzips gemacht wird, das durch die Abweichungen des ausländischen Rechts gefährdet würde.

aa. Überprüfung einiger ausländischer Rechtsordnungen nach vergleichbaren Lösungen

Bei der Wertung kann es von Interesse sein, ob in ausländischen Rechtsordnungen in vergleichbarer Weise im Bereich der Ehelichkeitsanfechtung Vorbehalte des ordre public zu treffen sind ¹⁰⁵⁾.

Zwar besteht beim ordre public-Vorbehalt eine besonders enge Verbindung zu den Anschauungen der einzelnen Rechtsordnungen. Dennoch kann auch bei dieser Problematik eine Hilfe von der rechtsvergleichenden Methode zu erwarten sein. Denn die Erscheinung des Vorbehalts aus Gründen des ordre public ist allen Rechtsordnungen bekannt. Deshalb

¹⁰⁴⁾ Vgl. oben S. 31 ff.

¹⁰⁵⁾ Ein Blick in ausländische Rechtsordnungen mit dem Ziel der Verbesserung des eigenen Rechts, ist die älteste Funktion der Rechtsvergleichung (David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950, 113), bei der nach „the same type of problem“ (Lloyd, *Public Policy*, XI), nach einer überzeugenden Lösung (Drobnig, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, 1959, 90), gesucht wird.

könnten aus der übereinstimmenden Behandlung des Problems in allen zum Vergleich herangezogenen Rechtsordnungen, aus einer einzelnen besonders überzeugenden Lösung oder aus der Unhaltbarkeit der ausländischen Regelungen Folgerungen für die zu überprüfende Bestimmung zu ziehen sein.

Im österreichischen Recht findet sich eine Artikel 18 II entsprechende Regelung. In den Jahren 1942 und 1943 wurde sowohl das österreichische materielle Familienrecht wie auch das Internationale Privatrecht dem deutschen Rechtszustand angeglichen. Zuvor war nach der herrschenden Lehre ¹⁰⁶⁾ in Österreich die Frage der Ehelichkeit eines Kindes nach der Rechtsordnung des Staates zu entscheiden, dem der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes angehört ¹⁰⁷⁾. Bei der Angleichung an das deutsche Recht wurde im materiellen Familienrecht das Bestreitungsrecht des Kindes (das an die Zustimmung der Ehefrau gebunden war) und das Anfechtungsrecht der Erben nach dem Tode des Mannes beseitigt, die höchstpersönliche Natur des ehemännlichen Anfechtungsrechts festgelegt und das Bestreitungsrecht des Staatsanwalts in § 158 ABGB übernommen ¹⁰⁸⁾. Im Internationalen Privatrecht übertrug § 9 der 4. Durchführungsverordnung zum Ehegesetz ¹⁰⁹⁾ Artikel 18 EGBGB auf das österreichische Recht, so daß regelmäßig an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes der Mutter für die Frage der ehelichen Abstammung angeknüpft wird; die Artikel 18 II entsprechende Ausnahme wird für den Fall der Bestreitung der Ehelichkeit zugunsten des österreichischen Rechts gemacht, wenn nur die Mutter des Kindes die österreichische Staatsangehörigkeit zur Zeit der Bestreitung besitzt (§ 9 II) ¹¹⁰⁾.

Die dem deutschen Recht entnommene Regelung ist auch nach der Wiedererlangung der österreichischen Selbständigkeit beibehalten wor-

¹⁰⁶⁾ Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 enthielt keine internationalprivatrechtlichen Bestimmungen.

¹⁰⁷⁾ Walker, Internationales Privatrecht, 1922, 687; Walkers Vorschlag für eine spätere Kodifizierung lautete: Ob ein Kind als ehelich geboren anzusehen ist, wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes, oder, falls er vorher gestorben ist, zur Zeit seines Todes angehört hat (aaO 688).

¹⁰⁸⁾ Familienrechtsangleichungsverordnung vom 6. Februar 1943; vgl. Fasching, Das Verfahren zur Feststellung der ehelichen und unehelichen Abstammung, 1955, 58 f.

¹⁰⁹⁾ Verordnung vom 25. Oktober 1941, RGBl. I 654, zur Durchführung und Ergänzung des Ehegesetzes und zur Vereinheitlichung des internationalen Familienrechts.

¹¹⁰⁾ Ehrenzweig, System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts, 1. Band, Erste Hälfte, 2. Aufl. 1951, 117.

den¹¹¹⁾. Sie wird dem deutschen Recht entsprechend ausgelegt und als Vorbehaltsklausel des *ordre public* gewertet¹¹²⁾.

Aus der Identität der österreichischen und der deutschen Regelung kann nichts für oder gegen die deutsche Vorbehaltsklausel geschlossen werden, weil diese Klausel keine originäre Regelung des österreichischen Rechts darstellt. Von Bedeutung wäre diese Übernahme nur dann, wenn sie geschehen wäre, weil dem österreichischen Gesetzgeber die deutsche Regelung besonders überzeugend und vorbildhaft war.

In der *Schweiz* richtet sich der Familienstand, insbesondere die Frage der ehelichen oder unehelichen Geburt, nach dem heimatlichen Recht (Artikel 8 des Schweizerischen Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter — NAG — vom 25. Juli 1891)¹¹³⁾. Als Heimat gilt der Heimatkanton des Ehemannes. Aus dieser Regelung wird gefolgert, daß allgemein die Staatsangehörigkeit des Ehemannes der Mutter anwendbar sei, obgleich die Beachtung der Staatsangehörigkeit gegen das Grundprinzip der Anknüpfung an das Domizil im Schweizerischen Internationalen Privatrecht sei¹¹⁴⁾. Die Anwendung des Heimatrechts des Ehemannes findet auch bei Ausländern, die ihren Wohnsitz in der Schweiz haben (Art. 32 NAG), und bei Auslandsschweizern¹¹⁵⁾ statt.

Das interne schweizerische Familienrecht enthält eine Regelung, die der Anfechtungsbefugnis des deutschen Staatsanwalts ähnelt: Nach Artikel 256 II ZGB hat auch der Heimatkanton die Anfechtungsmöglichkeit, allerdings nur dann, wenn die Zeugung des Kindes vor Abschluß der Ehe erfolgte und falls nachgewiesen ist, daß der Ehemann unmöglich der Vater sein kann¹¹⁶⁾. Diese Regelung wird jedoch nicht für so bedeutsam gehalten, daß ihretwegen ein *ordre public*-Vorbehalt gemacht werden müßte.

Ganz allgemein ist die schweizerische Rechtsprechung nicht geneigt, zu-

¹¹¹⁾ Ehrenzweig aaO.

¹¹²⁾ Es wird daher auch die Meinung vertreten, daß die *ratio* der Bestimmung es erfordere, österreichisches Recht selbst dann anzuwenden, wenn der Ehemann nach der Geburt des Kindes die österreichische Staatsangehörigkeit erworben hat (Schwind, Kommentar zum österreichischen Eherecht, 1951, 33).

¹¹³⁾ Die Weitergeltung dieses Gesetzes ist in Art. 59 des Schlußtitels zum ZGB von 1907 bestimmt.

¹¹⁴⁾ Schnitzer, Handbuch des Internationalen Privatrechts, 4. Aufl. 1957, 452.

¹¹⁵⁾ Schnitzer, aaO.

¹¹⁶⁾ Egger, Das Familienrecht, Zweite Abt. 2 Aufl. 1943, Art. 256 Anm. 2 b, Hegnauer, im Berner Kommentar 1960, Anm. 12 zu Art. 256.

gunsten der Ehelichkeitsanfechtungsregeln einen ordre public-Vorbehalt zu machen. So hat das Schweizerische Bundesgericht in seinem Entscheid vom 3. Oktober 1952 es nicht als anstößig für schweizerische Anschauungen bezeichnet, daß nach deutschem Recht die Ehelichkeit eines Kindes noch nach Jahren angefochten werden könnte¹¹⁷⁾. Diese Entscheidung hat Lalive¹¹⁸⁾ mit der Begründung gebilligt, die Unterschiedlichkeit der Ehelichkeitsanfechtungsregeln in den europäischen Rechtsordnungen sei nicht geeignet, einen ordre public-Vorbehalt zu stützen.

Da das deutsche und das schweizerische Recht sich sowohl in der materiellen Regelung als auch in der allgemeinen Vorstellung vom ordre public-Vorbehalt sehr nahe kommen, ist es besonders eigenartig, daß die beiden benachbarten Rechtsordnungen in der Frage der Wertung zu so unterschiedlichen Ergebnissen gelangen.

Im *französischen* Internationalen Privatrecht wird im Gegensatz zum deutschen Recht bei der regelmäßigen Anknüpfung nicht zwischen *établissement* und *effets de la filiation* unterschieden¹¹⁹⁾. Die Frage der Ehelichkeitsanfechtung ist nicht aus dem Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Ehelichkeit gelöst. Das gesamte Recht der ehelichen Kinderschaft wird als Frage des Personalstatuts betrachtet¹²⁰⁾.

Früher wurde überwiegend die Meinung vertreten, das Personalstatut des „*père de famille*“ sei entscheidend¹²¹⁾. Martin begründete diese Meinung damit, daß die Vermutung der Vaterschaft des Ehegatten eine Folge der Ehe sei, und daher von dem Recht abhängen müsse, das die Wirkungen der Ehe bestimme, also von der „*loi nationale du mari au jour du mariage*“¹²²⁾. Allerdings war dies nie die einhellige Meinung. Weiss¹²³⁾ sprach sich schon 1890 dafür aus, das Heimatrecht des Kindes heranzu-

¹¹⁷⁾ Bertschmann c. Kirchköffel, berichtet von Lalive, Schweiz. Jahrb. f. int. R. XII 1955, 239.

¹¹⁸⁾ aaO 241.

¹¹⁹⁾ Batiffol, *Traité élémentaire de Droit International Privé*, 3^e éd. 1959, no. 480, 488.

¹²⁰⁾ Niboyet, *Traité de droit international privé français*, 1948, t. V, no. 1519; Boyer, Eheliche Kinderschaft, in: *Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs*, 1955, 238. Lerebours-Pigeonnière-Loussouarn, *Droit international privé*, 8^e éd. 1962 no. 463; Weiss, *Traité élémentaire de Droit international privé*, 1890 2^e éd. 547.

¹²¹⁾ Pillet, *Traité pratique de Droit international privé*, Tome premier, 1923, no. 310; Martin, *Principes de Droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, 1930, § 322.

¹²²⁾ aaO

¹²³⁾ aaO S. 550.

ziehen, weil dieses am meisten an der Frage der Ehelichkeit interessiert sei.

Neuerdings spricht sich Boyer¹²⁴⁾ für den Gedanken eines einheitlichen Familienstatuts aus und für die Anknüpfung an das Heimatrecht des Familienoberhaupts, und zwar unter Hinweis auf die entsprechende Regelung des deutschen internationalen Privatrechts¹²⁵⁾. Ebenso knüpfte das Tribunal civil de la Seine für die Frage der Ehelichkeit eines Kindes französischer Nationalität an das ausländische Heimatrecht des Ehemannes an¹²⁶⁾. Eine starke Richtung im französischen Recht wendet jedoch das Heimatrecht des Kindes an¹²⁷⁾. Neuerdings scheint sich in Anlehnung an die Praxis im Ehescheidungsrecht die Anwendung des gemeinsamen Wohnsitzrechts der Ehegatten durchzusetzen¹²⁸⁾.

Die französische interne Regelung der Vaterschaftsanfechtungsklage

¹²⁴⁾ Eheliche Kindschaft A. Französisches Recht, in: Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung, 1955, 235 ff.

¹²⁵⁾ aaO S. 241.

¹²⁶⁾ Urteil vom 31. 3. 1952, Revue 1952, 330.

¹²⁷⁾ Niboyet, Traité de droit international privé français, T. V. no. 1523; vgl. Boyer, aaO 235, der diese Anpassung an das Recht der unehelichen Kindschaft mißbilligt.

¹²⁸⁾ In der Entscheidung Rivière (Cass. Civ. 17. 4. 1953, Revue 1953, 412) wurde die Ehe einer Französin nach dem Wohnsitzrecht der Eheleute geschieden; das Gericht ließ den Grundsatz erkennen, bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten entscheide das Recht des gemeinschaftlichen Wohnsitzes (vgl. Müller-Freienfels, Scheidungsstatut und Gleichberechtigung, JZ 1957, 142). Im Fall Lewandowski schied die Cour de Cassation Eheleute verschiedener Staatsangehörigkeit nach gemeinsamen Wohnsitzrecht (15. 3. 1955, Dalloz 1955. 1. 540; vgl. Serick, Wandlungen im französischen internationalen Scheidungsrecht und ihre Bedeutung für den deutschen Richter, FamRZ 1955, 311 ff). Lous-souarn (Lerebours-Pigeonnière) Droit international privé, 8^e éd. 1962, no. 466 B) will diese Rechtsprechung auf das eheliche Kindschaftsrecht dann anwenden, wenn die beiden Ehegatten nicht dieselbe Staatsangehörigkeit haben. Batiffol hatte sich in der ersten Auflage seines Lehrbuchs noch für die Anwendung des Rechts der Ehwirkungen, des chef de famille, ausgesprochen (Traité élémentaire de Droit International Privé, 1949, no. 477); heute vertritt er die Meinung, man solle „la loi commune des père et mère“ oder la loi „de leur domicile commun en l'absence de nationalité commune“ anwenden (op. c. 3^e éd. 1959, no. 477). Auch die Commission de réforme du Code civil sprach sich nach lebhafter Debatte für die Übernahme der Grundsätze aus der Entscheidung Rivière auf das Recht der ehelichen Kindschaft aus. Die Ergebnisse des Comité Français de Droit International Privé lauten: Le comité est d'avis à la majorité de soumettre la filiation légitime à la loi déterminée suivant les critères précédemment dégagés pour l'article 64 du projet: application de la loi nationale commune de l'enfant et du père au cas de divergence de nationalité d l'enfant et du père, aux dispositions concordantes des deux lois en présence; au cas de divergences de nationalité comme des dispositions des deux lois en présence, à la loi du domicile commun des époux. (Comité Français de droit International Privé: La codification du droit international privé, 1956, 24 und 292.)

(action en désaveu), die nach art. 313 C.c. auf bestimmte Gründe beschränkt ist, wird zum ordre public gerechnet; und zwar wird die Anwendung ausländischen Rechts dann nicht zugelassen, wenn die Anfechtungsgründe umfangreicher sind als die im französischen Recht anerkannten: es sollen Skandale verhindert werden, die aus der Feststellung ehebrecherischer Abstammung entstehen könnten ¹²⁹⁾.

Im französischen wie im deutschen Recht wird demnach ein ordre public-Vorbehalt zugunsten der internen Regelung der Ehelichkeitsanfechtung gefordert. Beide Rechtsordnungen messen der Frage der Ehelichkeit und ihrer Anfechtung besondere Bedeutung bei. Während jedoch der deutsche Vorbehalt zugunsten einer materiellen Regelung gemacht wird, die die Möglichkeit der Ehelichkeitsanfechtung erweitern will, wendet sich der französische ordre public-Vorbehalt im Gegenteil gegen ausländisches Recht, das die Ehelichkeitsanfechtung in Fällen erlaubt, in denen sie nach französischem Recht nicht gestattet ist. Wegen dieser ganz unterschiedlichen Wertung im materiellen Recht kann die französische Lösung, die der unseren nur äußerlich vergleichbar ist, für die deutsche Problematik keine Hilfe bedeuten.

Die beiden wichtigsten *englischen* Entscheidungen für die Frage, wie die englischen Gerichte das Problem der Rechtswahl für die Ehelichkeit und ihrer Beseitigung lösen, sind „Shaw v. Gould“ ¹³⁰⁾ und „Re Bischoffsheim“ ¹³¹⁾. In dem ersten Fall ging es um die Auslegung eines Testaments; ein domizilierter Engländer hatte durch Testament englischen Grundbesitz an die Kinder seiner Großnichte vermacht. Die Großnichte hatte sich im Alter von 16 Jahren mit einem Engländer Buxton — durch Betrug veranlaßt — verheiratet, ihn jedoch gleich nach der Hochzeit verlassen, ohne daß es zum ehelichen Verkehr gekommen war. Jahre später verlobte sie sich mit einem Engländer namens Shaw, der seinen Wohnsitz in England hatte. Da es zur damaligen Zeit keine Scheidung nach englischem Recht gab, veranlaßte man Buxton, durch einen 40tägigen Aufenthalt in Schottland das forum domicilii für die Scheidungsklage zu begründen. Die Ehe wurde von einem schottischen Gericht geschieden. Die Großnichte des Testators heiratete ihren zweiten Mann Shaw in Schottland, wo er seinen Wohnsitz genommen hatte. Sie bekam von ihm drei Kinder, die noch zu Lebzeiten Buxtons geboren wurden. Das Gericht — das House of Lords — stimmte einhellig für die Unehelichkeit dieser Kinder, und zwar behan-

¹²⁹⁾ Boyer, aaO S. 246; Batiffol, aaO no. 485.

¹³⁰⁾ (1868) L.R. 3 H.L. 55.

¹³¹⁾ (1948) Ch. 79.

delte es die Frage der Ehelichkeit nach englischem Recht, ohne eine Begründung hierfür zu geben.

In *Re Bischoffsheim* bestimmte ein Engländer seine Enkelin als Erbin und ihre Kinder als Nacherben. Die Enkelin heiratete nach dem Tode ihres Mannes dessen Bruder, der domizilierter Engländer war. Die zweite Ehe wurde 1917 in New York geschlossen, nach New Yorker Recht gültig, nach englischem nicht. 1920 nahm das Paar seinen Wohnsitz in New York; dort wurde der Sohn geboren. Der Richter entschied, daß das Domizilrecht der Eltern bei der Geburt des Kindes über die Ehelichkeit des Kindes entschiede; er erklärte das Kind für ehelich.

Die englische Literatur versucht, diese beiden Fälle in Übereinstimmung miteinander zu bringen. Es besteht dabei die Tendenz, die Entscheidung *Shaw v. Gould* einzuschränken, um die Meinung zu vertreten, die jüngere Entscheidung *Re Bischoffsheim* widerspreche der älteren nicht. So meint M. Wolff¹³²⁾, das Urteil im Falle *Shaw v. Gould* beruhe darauf, daß das Scheidungsurteil durch Betrug erlangt sei. Er sieht die Entscheidung daher nur insofern für spätere Richter als bindend an, als in einem späteren Fall auch ein *agere in fraudem legis* vorliege. Graveson¹³³⁾ vertritt die Meinung, im Falle *Shaw v. Gould* sei nur deshalb nach englischem Recht entschieden worden, weil es sich um ein Testament über englischen Grundbesitz gehandelt habe.

Es geht also um die Frage, ob durch die Bindungswirkung der Entscheidung *Shaw v. Gould* ausgeschlossen werde, die Ehelichkeit eines Kindes entsprechend der Entscheidung *Re Bischoffsheim* nach dem Domizilrecht des Vaters zur Zeit der Geburt des Kindes zu entscheiden¹³⁴⁾.

¹³²⁾ *Private International Law*, sec. ed. 1950, 388 f; ebenso Morris, in: *Dicey's Conflict of Laws*, Seventh ed. 1958, 423.

¹³³⁾ *The Conflict of Laws*, 4th ed. 1960, 170.

¹³⁴⁾ *Cheshire (Private International Law, sixth ed. 1961, 421)* spricht sich für *Re Bischoffsheim* aus, und somit für die Anknüpfung an das *domicil of origin*. Er beruft sich auf *Birtwistle v. Vardill* (—1835—2Cl. + Fin. 571, 573 f); dort sei festgestellt, daß der Status sich nach dem Recht des Landes richten müsse, in der er entstanden sei. Er stützt sich außerdem auf *Re Dons Estate* (—1857—4 Drew 194, 197); dort sei *obiter dictum* als *Land of origin* dasjenige des Wohnsitzes des Vaters angesehen worden. Und schließlich werde in *Re Andros* (—1883—24 Ch. D. 637) eine Person entsprechend dem Domizilrecht des Vaters bei der Geburt als ehelich angesehen. Dieser Argumentation hält Morris (aaO 422) entgegen, die Fälle, mit denen *Cheshire* seine Meinung stütze, hätten die Legitimation von Kindern durch nachfolgende Ehe betroffen. Morris weist darauf hin, daß in der Entwicklungsgeschichte des englischen Internationalen Privatrechts die Frage der Ehelichkeit eines Kindes immer im Zusammenhang mit erbrechtlichen Fällen zur Diskussion stand. Deswegen habe die englische Rechtsprechung mit großen Schwierigkeiten zu kämpfen gehabt, bis die Frage

Es scheint sich somit in England die Meinung durchzusetzen, das Domizilrecht des Vaters solle über die Frage der Ehelichkeit des Kindes entscheiden. In der späten Erkenntnis der Problematik durch die englische Rechtsprechung kann ein Beweis dafür gegeben werden, daß den englischen Juristen die Bereitschaft fehlt, allgemeine Rechtsregeln aufzustellen¹³⁵); in der wie selbstverständlichen Anwendung des eigenen (englischen) Rechts kann jedoch auch eine unbewußte Bevorzugung des eigenen Rechts gesehen werden. Ausdrücklich und bewußt wird jedoch im englischen Recht im Bereich der Ehelichkeit eines Kindes das eigene Recht nicht bevorzugt, insbesondere nicht unter Berufung auf die public policy¹³⁶). Dies mag auf der allgemein geübten Zurückhaltung der englischen Rechtsprechung gegenüber diesem Vorbehalt beruhen, der sogar im klassischen Bereich der ordre public Lehre, der Polygamie, nicht herangezogen wird¹³⁷) (möglicherweise mit Rücksicht auf das Commonwealth).

Es ist jedoch zu bedenken, daß die Fälle, in denen verschiedene Familienangehörige divergierende Personalstatute haben, im englischen Recht sehr selten sind. Das liegt an der Anwendung des Domizilprinzips für den Bereich des Personalstatuts: in den meisten Fällen fällt das personal

der Anknüpfung für die Ehelichkeit als selbständiges Problem erkannt worden sei (s. auch Lipstein, Legitimacy and Legitimation in English Private International Law, Festschrift für Ernst Rabel, I, 1954, 615 f). Lipstein (aaO) meint hierzu, die englischen Gerichte hätten ein Kind dann als ehelich angesehen, wenn es „born in lawful wedlock“ war, ohne zu beachten, daß hierin ein internationalprivatrechtliches Problem liegen könnte (Morris aaO 412 kritisiert diese Haltung auch an Dicey; er habe nicht beachtet, welche Probleme daraus entstehen können, daß nach dem ausländischen Recht entgegen dem englischen domestic law ein Kind als ehelich angesehen wird, auch wenn seine Eltern nicht in gültiger Ehe lebten). Der Ausgangspunkt für Lipstein ist seine Überzeugung, daß die englischen Gerichte lange Zeit die internationalprivatrechtliche Problematik nicht erkannt hätten, und stattdessen von der englischen Vorstellung der Ehelichkeit ausgegangen seien. Lipstein betont (aaO 627 f), daß im Falle Shaw v. Gould das Testament nach englischem Recht ausgelegt und die Frage nach der Ehelichkeit der Kinder nach englischem Recht beantwortet worden sei. Er zieht aus dieser Entscheidung die negative Folgerung, daß in ihr die Ehelichkeit nicht als isolierte Frage betrachtet worden sei. Im Gegensatz hierzu habe der Richter Romer in Re Bischoffsheim die Ehelichkeit als Statusfrage behandelt, die durch eine besondere Regel des englischen Internationalen Privatrechts bestimmt werde. Dies sieht auch Beitzke, Anm. zu Re Bischoffsheim, Jahrb. f. int. Recht — 1954 — 166 ff). Lipstein erkannte die Diskrepanz der Entscheidungen und fordert die Anwendung des Domizilrechts des Vaters zur Zeit der Geburt des Kindes (aaO 629).

¹³⁵) De Boor, Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform, 1934, 39.

¹³⁶) M. Wolff, Private International Law, sec. ed. 1950, 176.

¹³⁷) Morris, The recognition of polygamous marriages in English Law, Festschrift für M. Wolff, 1952, 292.

law von Vater, Mutter und Kind zusammen¹³⁸⁾. Daher sind auch die Entscheidungen über Anknüpfungsfragen bei unterschiedlichem Personalstatut selten. In der häufigen Heranziehung des Domizilrechts liegt jedoch auch eine Bevorzugung des eigenen Rechts. So meint auch Lloyd¹³⁹⁾, daß im englischen Recht schon im Bereich der normalen Anknüpfung, also eine Stufe vorher in der logischen Aufeinanderfolge der Überlegungen, nämlich bei der Entscheidung für das Domizilprinzip, eine public policy-Erwägung mitspielt. Lloyd sieht in der Anknüpfung an das Domizilrecht nicht nur eine Umgehung des Problems einer Sonderanknüpfung aus ordre public-Erwägungen¹⁴⁰⁾, sondern eine dem ordre public-Vorbehalt gleichzusetzende Wertung. Der Anknüpfung an das Domizilrecht liegen in der Regel politische Motive zugrunde¹⁴¹⁾. So betont Graveson¹⁴²⁾, die Anknüpfung für das personal law beachte die Natur des Menschen als autonomes Individuum, das selbst durch die tatsächlichen Elemente des Domizils sein personal law bestimmen könne. Er beruft sich auf die common law tradition of individualism. Die englische Anknüpfung an das Domizil geschieht demnach nicht nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern sie schützt auch zugleich Prinzipien der englischen Gedankenwelt und englische Rechtsanschauungen¹⁴³⁾.

Die Eigenart der englischen Lösung liegt darin, aus ähnlichen Gründen wie der deutsche Gesetzgeber zugunsten des eigenen Rechts die Anwendung des ausländischen auszuschließen, aber nicht in Einzelfällen, sondern durch die das eigene Recht bevorzugende Normalanknüpfung. Hieraus kann für die deutsche Problematik zwar nichts hinsichtlich der Sonderanknüpfung entnommen werden; aber die Lösung kann eine Anregung für die Überprüfung der Normalanknüpfung bilden. Denn die englische Lösung vermeidet Sonderanknüpfungen, die möglicherweise Grund zur Kritik geben.

Bei der Suche nach einer Artikel 18 II entsprechenden Problematik in einigen¹⁴⁴⁾ ausländischen Rechtsordnungen zeigten sich die verschiedensten

¹³⁸⁾ M. Wolff, aaO 381.

¹³⁹⁾ Public Policy, 1953, 78 f.

¹⁴⁰⁾ Public Policy, 1953, 78 f.

¹⁴¹⁾ Vgl. Wengler, Zföff.R. 1954, 486.

¹⁴²⁾ The Conflict of Laws, Fourth ed. 1960, 77.

¹⁴³⁾ Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl. 1961, 150.

¹⁴⁴⁾ Die rechtsvergleichende Untersuchung ist bewußt auf die der deutschen Rechtsordnung besonders nahestehenden anderen deutschsprachigen Rechtsordnungen und das französische und englische Recht als Beispiele für den romanischen und den common law-Rechtskreis beschränkt.

Tendenzen: Die Anerkennung der Bestimmung als *ordre public*-Vorbehalt in Österreich, die Ablehnung eines *ordre public*-Vorbehalts in der Schweiz, die andersgerichtete Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts in Frankreich und die Vermeidung der Fragestellung als Folge einer ausdrücklichen Bevorzugung des eigenen Rechts in England. Aus der rechtsvergleichenden Untersuchung ergibt sich: der Vorbehalt zugunsten des deutschen Rechts ist nicht unverständlich, denn ihm Vergleichbares findet sich auch in ausländischen Rechtsordnungen; er ist aber auch nicht selbstverständlich, denn es gibt Rechtsordnungen, die eine solche Bevorzugung des eigenen Rechts entschieden verneinen.

bb. Verneinung der Notwendigkeit eines speziellen ordre public-Vorbehalts zugunsten der Ehelichkeitsanfechtungsnormen

Um den speziellen Vorbehalt des *ordre public* zu rechtfertigen, müßten die deutschen Regeln über die Ehelichkeitsanfechtung besonders wichtigen innerstaatlichen Prinzipien entsprechen. Es müßte die Gefahr bestehen, daß sie wegen ihrer besonderen Eigenart durch andersgeartete ausländische Regelungen in unerträglicher Weise mißachtet werden. Eine solche Gefährdung müßte vermutet werden. Und die stete Durchsetzung der Prinzipien müßte erforderlich sein.

Das deutsche Recht der Ehelichkeitsanfechtung, dessen innerstaatliche Bedeutung es zu erkennen gilt, enthält die Vermutung der Ehelichkeit des von einer Ehefrau geborenen Kindes und die Möglichkeit, diese Vermutung zu beseitigen. Der Ehemann der Mutter kann sich entscheiden, ob er das Kind seiner Frau als sein eigenes behalten und aufziehen will, oder ob er das Kind eines anderen Mannes aus seiner Familie ausschließen möchte. Er kann die Vaterrolle für das Kind übernehmen oder ablehnen. Ebenso hat das Kind (bzw. während seiner Minderjährigkeit sein gesetzlicher Vertreter) die Entscheidungsmöglichkeit. Es kann in der Familie des Ehemannes seiner Mutter bleiben und aufwachsen, obgleich er nicht sein Vater ist. Entscheidet sich das Kind hierfür, dann hilft ihm das Gesetz mit der Vermutung der Ehelichkeit. Das Kind hat jedoch die Wahl, auch aus der Familie des Ehemannes auszuschneiden, die Unehelichkeit feststellen zu lassen. Das Kind kann zwischen der Geborgenheit der Familie und der Freiheit, der Klärung der wirklichen Abstammungsverhältnisse, wählen.

Entscheiden sich Ehemann und Kind für die Beibehaltung der Ehelichkeitsvermutung, dann gehört das Kind unanfechtbar zur Familie des

Vaters. Deshalb hat Gernhuber¹⁴⁵⁾ recht, wenn er sich gegen die Bezeichnung „Scheinehelichkeit“ wendet. Haben die beiden sich für die Familienzugehörigkeit entschieden, so soll diese Entscheidungsfreiheit nicht durch einen Druck von außen berührt werden: deshalb kann sich niemand auf die Unehelichkeit des Kindes berufen, dessen Ehelichkeit nicht mit Erfolg angefochten ist.

Das deutsche Recht verfolgt also eine Mittellinie. Es zielt nicht auf das Extrem der unbedingten Rechtsklarheit¹⁴⁶⁾. Deshalb verweigert es auch seit neuestem ein staatliches Anfechtungsrecht¹⁴⁷⁾. Und deswegen gibt es keine Ehelichkeitsanfechtung aus öffentlichem Interesse mehr. Die wirkliche Abstammung eines Kindes soll geklärt werden *können*, aber nicht geklärt werden *müssen*.

Dieses System, das den Beteiligten die Feststellung der Abstammungsverhältnisse nicht aufzwingt, sondern ihnen so viel Freiheit gibt, wie sie wollen, ist von großer innerstaatlicher Bedeutung. Für das Kind, dessen eheliche Abstammung fraglich ist, hängt die ganze weitere Entwicklung von der Frage ab, ob es in der Familie des Ehemannes seiner Mutter bleiben kann oder ob es aus ihr herauszufinden vermag. Es ist auch für das Zusammenleben der Ehegatten von großer Bedeutung, daß die Abstammungsverhältnisse klargestellt werden können, aber daß der Ehemann auch die Möglichkeit hat, sich großzügig und verzeihend zu zeigen und Frau und Kind bei sich zu behalten. Es ist von innerstaatlicher Bedeutung, daß die Ehelichkeitsanfechtung nur in einem bestimmten Verfahren geltend gemacht werden kann, daß nicht jeder in jedem Prozeß die Möglichkeit hat, sich auf die Unehelichkeit des Kindes zu berufen.

Es wäre mit dem deutschen *ordre public* nicht vereinbar, wenn in Deutschland eine deutsche Frau mit ihrem ausländischen Mann lebte, ohne daß der Mann die Möglichkeit hätte, die Ehelichkeit des von seiner Frau geborenen Kindes anzufechten. Kennt sein Heimatrecht ein solches An-

¹⁴⁵⁾ Lehrbuch des Familienrechts, 1964, 455 ff.

¹⁴⁶⁾ Für das frühere Recht sprachen sich Boehmer (Zur Rechtsstellung der durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder, insbesondere zur Anwendbarkeit des § 1593 BGB, NJW 1949, 53), Guggemos (Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt, SJZ 1948, 247 ff) und Roquette (Die Rechtsstellung des Staatsanwalts bei der Anfechtung der Ehelichkeit, DR 1940, 1556) aus. Gamillscheg (Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt, RabelsZ 21 [1956] 263) verneint das Interesse des Staates an der Wahrheit des Familienstandes. Der Bundesgerichtshof (BGHZ 23, 6) betont, das Ziel der Rechtswahrheit könne nicht uneingeschränkt verfolgt werden, sondern müsse mit den Kindesinteressen im Einklang stehen.

¹⁴⁷⁾ Gernhuber, aaO 457 f.

fechtungsrecht nicht, so wäre es aus Gründen des ordre public nicht anzuwenden.

Desgleichen wäre es mit dem deutschen ordre public nicht zu vereinbaren, wenn sich nach dem ausländischen Heimatrecht des Ehemannes jeder auf die Unehelichkeit des Kindes berufen könnte, ohne daß diese in einem Statusverfahren angefochten worden ist¹⁴⁸⁾.

Mit diesen Hinweisen ist jedoch nichts weiter festgestellt, als daß zugunsten der deutschen Regeln über die Ehelichkeitsanfechtung ordre public-Vorbehalte gemacht werden können, weil diese Bestimmungen eine besondere innerstaatliche Bedeutung haben. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß dieser Vorbehalt immer und für alle Fälle gemacht werden muß.

Als das deutsche Recht noch das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts, und seine Befugnis, im öffentlichen Interesse anzufechten, kannte, war diese Regelung des deutschen Rechts eine Ausnahmeerscheinung. Und wenn man für das frühere Recht bejahen wollte, daß diese Anfechtungsbefugnis auf öffentlichem Interesse wegen der Verfolgung der Rechtsklarheit von besonderer innerstaatlicher Bedeutung war, dann mußte man auch anerkennen, daß jede andersgeartete ausländische Regelung gegen diese Bestimmung des deutschen Rechts verstoßen mußte. Dann war das Prinzip, das dieser Bestimmung zugrunde lag, nicht anders zu wahren, als daß sie auch in Fällen mit bestimmter Auslandsberührung anzuwenden war. In dem Fall hätte es nicht genügt, das ausländische Recht auszuschließen, das eine solche der Rechtsklarheit dienende Bestimmung und Anfechtungsbefugnis nicht kannte. Vielmehr hätte das deutsche Recht unbedingte Anwendung gefordert, einfach weil es wegen seiner Eigenart anders nicht hätte durchgesetzt werden können.

Beim heute geltenden Ehelichkeitsanfechtungsrecht ist das anders. Das deutsche Recht ist zwar in seiner Tendenz zu erkennen und in seiner Interessenabwägung ausgewogen. Aber es ist nicht exzeptionell, nicht ausgefallen in seiner Lösung. Es ist also nicht wegen der Eigenart der deutschen Ehelichkeitsanfechtungsregeln notwendigerweise jedes ausländische Recht auszuschließen, weil es zwingend diese Regeln und die ihr zugrunde liegenden Prinzipien verletzen müßte. Vielmehr ist es nicht notwendig vom fremden Recht unterschieden. Es können in ausländischen Rechtsordnungen ebenso wie im deutschen Recht sowohl der Ehemann als auch das Kind zur Anfechtung berechtigt sein. Ein ordre public-Verstoß

¹⁴⁸⁾ Vgl. Sonnenberger, Die Ehelichkeitsanfechtung bei amerikanischer Staatsangehörigkeit der Beteiligten, FamRZ 1964, 238 ff.

ist deswegen nicht mehr in jedem Fall zu *vermuten*, sondern in jedem Einzelfall *nachzuweisen*.

Das bedeutet, daß es seit der Änderung des materiellen Ehelichkeitsanfechtungsrechts für das deutsche Recht nicht mehr notwendig und deswegen nicht mehr geboten ist, einen speziellen *ordre public*-Vorbehalt zu machen, der in allen Fällen ausnahmslos zu gelten hätte. Es genügt die allgemeine Möglichkeit, sich im Einzelfall gegen das in unerträglichem Maße von den deutschen Vorstellungen abweichende ausländische Recht zu wehren, um die den Ehelichkeitsanfechtungsregeln zugrunde liegenden Prinzipien zu verteidigen. Eine Gefahr der Beeinträchtigung dieser Prinzipien durch ausländisches Recht kann wegen der besonderen innerstaatlichen Bedeutung der Bestimmungen bestehen, sie muß jedoch nicht immer vorliegen. Artikel 18 II läßt sich deshalb nicht als spezielle Vorbehaltsklausel rechtfertigen.

3. Die Bevorzugung der deutschen Staatsangehörigkeit in Artikel 18 II und der Maßstab der *solution politique*.

a. Die politische Tendenz in Artikel 18 II zum Schutze eigener Staatsangehöriger

Der *ordre public* kann Artikel 18 II nicht rechtfertigen. Es fragt sich, ob die Sonderanknüpfung ihres politischen Gehalts wegen bejaht werden muß. Artikel 18 II soll durch den Rückgriff auf das deutsche Recht die eigenen Staatsbürger bevorzugen. Und zwar soll die Anwendung der deutschen Ehelichkeitsanfechtungsregeln erreichen, daß das eheliche Kind einer deutschen Mutter und eines ausländischen Vaters seine Unehelichkeit feststellen lassen kann. Da das uneheliche Kind die Staatsangehörigkeit seiner Mutter erhält, wird das Kind auf diese Weise deutscher Staatsbürger. Die Zugehörigkeit eines Kindes zu Deutschland soll auf dem Wege über die Anwendung des deutschen Rechts und die Änderung der Familienzugehörigkeit des Kindes festgestellt werden. Die Anwendung des deutschen Rechts geschieht demnach zum Zwecke der Bevorzugung der eigenen und künftigen Staatsbürger (der Mutter und des Kindes). Das deutsche materielle Recht der Ehelichkeitsanfechtung wird nicht wegen seiner materiellen Bedeutung allein, sondern auch deswegen für anwendbar erklärt, weil mit seiner Anwendung ein bestimmtes politisches Ziel, nämlich die Gewinnung von Staatsbürgern, erreicht werden soll.

Es fragt sich, ob eine solche politische Motivation die Anwendung des eigenen materiellen Rechts entgegen der Normalanknüpfung rechtfertigt, darüber hinaus, welche Bedeutung politische Gründe im Bereich der kollisionsrechtlichen Anknüpfung haben.

b. Politische Motive in der Normalanknüpfung

Bei der generellen Festlegung der Anknüpfungspunkte können politische Erwägungen, wie die Bevorzugung der eigenen Staatsbürger, der Schutz der inländischen Grundstücke u. ä. nicht ausgeschlossen werden. Kegel wendet sich hiergegen, weil das Mittel ganz untauglich und der Zweck verwerflich sei ¹⁴⁹⁾. Es sind jedoch politische Motive, die die großen Einwandererländer zum Domizilprinzip führen: die Anwendung des neuen gemeinsamen Rechts soll die Bürger zusammenführen. Ebenso sind es politische Gründe, wenn die Länder, aus denen regelmäßig ausgewandert wird, dem Staatsangehörigkeitsprinzip anhängen: der Kontakt zwischen den Auswanderern und dem Herkunftsland soll bewahrt bleiben ¹⁵⁰⁾.

Auch wenn im Bereich der Normalanknüpfung politische Erwägungen mitspielen, so ist damit noch nichts für die Frage gewonnen, ob auch eine *Sonderanknüpfung* aus politischen Gründen zulässig sein kann.

c. Ordre public-Vorbehalt zugunsten politischer Interessen

Es wäre denkbar, daß die Vorbehaltsklausel des *ordre public* eine Sonderanknüpfung zugunsten politischer Interessen machen kann. Wenn die Lehre von der *public policy* eine Rücksichtnahme auf befreundete Staaten zuläßt, liegt darin der Schutz eines politischen Interesses ¹⁵¹⁾. Dann diene die Vorbehaltsklausel dem Recht *und* der Macht; es kämen die politischen Interessen an der Bevorzugung der eigenen Bürger als Schutzobjekt des *ordre public* in Betracht.

Es fragt sich, ob eine solche Doppelfunktion der Vorbehaltsklausel ¹⁵²⁾

¹⁴⁹⁾ Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1964, 154.

¹⁵⁰⁾ Raape, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 1961, 50.

¹⁵¹⁾ Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl. 1961, 285.

¹⁵²⁾ Kegel (Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Festschrift für Hans Lewald, 1953, 279) mit Zustimmung Dieckmanns (Die Handschuhehe deutscher Staatsangehöriger nach deutschem internationalem Privatrecht, 1959, 90) bejaht sie, Beitzke leugnet sie (Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht, Festschrift für Rudolf Smend, 1952, 19).

uneingeschränkt zu bejahen ist, ob also die Vorbehaltsklausel politische Interessen ohne weiteres schützen kann. Politische Interessen können im Rahmen des *ordre public*-Vorbehalts nur dann berücksichtigt werden, wenn sie durch das allgemeine Rechtsempfinden als oberste Leitsätze der Rechtsbildung rezipiert sind. Der *ordre public*-Vorbehalt ist nicht dazu berufen, politische Willensentscheidungen zu schützen, es sei denn, es handele sich um politische motivierte *Prinzipien*. Es wäre jedoch eine politisch motivierte Entscheidung, kein Prinzip, wenn der Gesetzgeber die eigenen Bürger bevorzugt.

Die Berufung auf den *ordre public* zum Schutze dieser politischen Interessen kann auch deswegen nicht gerechtfertigt sein, weil ein einzelnes Erfordernis für das Eingreifen des *ordre public*-Vorbehalts die Binnenbeziehung ist. Diese Binnenbeziehung ist nichts anderes als das Interesse der Rechtsordnung an dem einzelnen Fall. Wollte man die Interessen der Rechtsordnung am Schutz der eigenen Bürger als alleinige Voraussetzung für das Eingreifen des *ordre public*-Vorbehalts anerkennen, so hätte man *eine* Voraussetzung für das Eingreifen des Vorbehalts überbewertet und verabsolutiert.

d. Der Grundsatz des politischen Interesses

Wengler¹⁵³⁾ vertritt die Meinung, es gebe neben dem Vorbehalt des *ordre public*, der unter Umständen auch aus politischen Gründen zugunsten von politischen Interessen eingreife, noch einen *Grundsatz des politischen Interesses*. Nach diesem Grundsatz solle der Richter auf politische Interessen des Staates Rücksicht nehmen, wenn er den Anwendungsbereich des eigenen Rechts festlege. Den Unterschied zwischen diesem Grundsatz und der Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts sieht Wengler darin, daß es dem *ordre public* nur um die Sachnorm als solche gehe, während sich der Grundsatz des politischen Interesses auf den Anwendungsbereich der Norm beziehe. Er meint, das politische Interesse dürfe sich nur auf die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Sachnormen beziehen und müsse vom Inhalt der Sachnormen vollkommen unabhängig sein. Die Fälle, in denen die Bestimmung des Anwendungsbereichs einer Sachnorm geschehe, weil der Zweck der Norm nur dann erfüllt werden könne, wenn ihr ein bestimmter Anwendungsbereich aus politischen Gründen zugebilligt werde, will Wengler nicht als Fälle des Grundsatzes der politischen Interessen gelten lassen.

Die Unterscheidung, die Wengler zwischen dem *ordre public* und dem

¹⁵³⁾ Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht, Festschrift f. Lewald, 1953, 269.

Grundsatz des politischen Interesses macht, ist zweifelhaft. Kegel¹⁵⁴⁾ lehnt zu Recht ab, daß der *ordre public* die fremde Sachnorm mißbillige, wenn er aus politischen Gründen eingreife, während der Grundsatz des politischen Interesses den kollisionsrechtlichen Anwendungsbereich eigener Sachnormen regelt. Aber seiner Begründung, dies treffe deshalb nicht zu, weil der Unterschied zwischen materiellem und Kollisionsrecht in bestimmten Fällen schwer erkennbar sei, kann nicht gefolgt werden. Es ist vielmehr so, daß dann, wenn aus politischen Gründen der *ordre public*-Vorbehalt gemacht wird, auch der Anwendungsbereich der eigenen Sachnormen geregelt wird. Und in jeder kollisionsrechtlichen Regelung des Anwendungsbereichs der Sachnormen wird auch das materielle Ergebnis mitberücksichtigt, wenn diese Regelung im Einzelfall und nicht im Rahmen der Normalanknüpfung geschieht. Wenn aus Gründen der politischen Interessen ausdrücklich der Anwendungsbereich der innerstaatlichen Rechtsnormen erweitert werden soll, unterliegt eine solche Erweiterung den Grundsätzen für die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts. Denn eine solche Sonderanknüpfung dehnt ebenso wie der *ordre public*-Vorbehalt die Anwendung des eigenen Rechts auf Kosten der Anwendung des fremden Rechts aus. Eine Beachtung politischer Interessen außerhalb der Normalanknüpfung und außerhalb des *ordre public*-Vorbehalts stellt eine Umgehung des *ordre public*-Vorbehalts dar. Das Ergebnis Kegels¹⁵⁵⁾ ist demnach richtig, daß das politische Interesse im Einzelfall durch den *ordre public*-Vorbehalt oder als Regel wirke; Wenglers Unterscheidung zwischen *ordre public* und politischem Interesse trifft nicht zu.

e. Ablehnung der „*solution politique*“ als Umgehung der Voraussetzungen des *ordre public*-Vorbehalts

Artikel 18 II verweist nicht generell auf das deutsche materielle Recht, sondern nur für den Fall der deutschen Staatsangehörigkeit der Mutter. Die hierin liegende Tendenz zur Bevorzugung der eigenen Staatsbürger könnte der französischen Lehre vom Vorrecht der französischen Staatsangehörigkeit verglichen werden. Diese Lehre von der *solution politique* hat das Ziel, die Zuständigkeit der eigenen Gesetze auf alle diejenigen Fälle zu erweitern, in denen einer der Beteiligten französischer Staatsangehörigkeit ist. Als Aus-

¹⁵⁴⁾ Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht, Festschrift für Lewald 1953, 269.

¹⁵⁵⁾ aaO.

gangspunkt dieser Tendenz gilt die Entscheidung Ferrari¹⁵⁶⁾; in ihr wurde die wieder französisch gewordene Madame de Ferrari auf ihre Klage von ihrem italienischen Mann nach französischem Recht geschieden¹⁵⁷⁾. Es ist nicht sicher, ob diese Entscheidung allein auf der Überlegung beruhte, den französischen Ehepartner und das französische Recht zu bevorzugen¹⁵⁸⁾. Jedenfalls aber gab die Entscheidung Anlaß zu politischen Begründungen, die auch auf das Gebiet der ehelichen Kindschaft ausgedehnt wurden. Niboyet¹⁵⁹⁾ verfißt die *solution politique* mit der Begründung: die Intervention des politischen Elements sei eine Wohltat, die an die französische Staatsangehörigkeit geknüpft sei. Sie gestatte es dem französischen Staatsangehörigen, sich dem französischen Recht gegenüber darauf zu berufen, daß sein Zivilstand nach dem französischen Recht zu beurteilen sei. Dieses politische Interesse gelte auch zugunsten desjenigen, der Franzose wird. Niboyet¹⁶⁰⁾ zieht dementsprechend das französische Heimatrecht des Vaters dem Kindesrecht vor. Auch Loussouarn¹⁶¹⁾ will jedesmal, wenn jemand die französische Staatsangehörigkeit erwerben oder verlieren kann, französisches Recht heranziehen, insbesondere im Bereich der Ehelichkeit. Niboyet¹⁶²⁾ fordert: „A quoi bon sacrifier sans cesse la compétence de notre loi à quelque vague et utopique mystique de l'universalisme juridique. Contentons-nous de trouver des solutions bonnes pour la France!“ Diese rein nationalistische Forderung greift Boyer¹⁶³⁾ entschieden an. Das Comité Français de Droit international Privé lehnte einen nationalen Vorbehalt ab¹⁶⁴⁾. Kann diese Lehre für unser Recht vorbildlich sein?

Das Ergebnis, zu dem die *solution politique* führt, ist dem des *ordre public*-Vorbehalts ähnlich: das ausländische Recht, das an sich zuständig ist, wird ignoriert, und an seiner Stelle wird das eigene interne Recht herangezogen. Wegen der Übereinstimmung der Ergebnisse fragt es sich, ob die ausnahmsweise Nichtanwendung des normalerweise zuständigen ausländischen Rechts nicht dem Vorbehalt des *ordre public* allein überlassen ist.

¹⁵⁶⁾ Cass. civ. 6. 7. 1922, D.P. 1922 I. 137 und Cass. civ. 14. 3. 1928 S. 1929 I. 91.

¹⁵⁷⁾ Müller-Freienfels, Scheidungsstatut und Gleichberechtigung, JZ 1957, 141 ff.

¹⁵⁸⁾ Holleaux, Ehescheidung und Ehetrennung in: Das Internationale Privatrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung, 1955, 152.

¹⁵⁹⁾ *Traité de droit international privé français*, 1948, T. V. no. 1520.

¹⁶⁰⁾ aaO 1523.

¹⁶¹⁾ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, 8^e éd. 1962, no. 466 A.

¹⁶²⁾ aaO no. 1523.

¹⁶³⁾ Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, 1955, 272.

¹⁶⁴⁾ Comité français de Droit International Privé, *La codification du droit international privé*, 1956, 24, 174.

Es ist nicht konsequent, einerseits bestimmte Voraussetzungen zu verlangen, unter denen der Vorbehalt des *ordre public* eingreifen darf, und andererseits unabhängig von diesen Voraussetzungen jederzeit neue Ausnahmefälle zuzulassen. Liefße man das zu, so übersähe man, daß die Vorbehaltsklausel des *ordre public* zwar die Möglichkeit eröffnet, eine Ausnahme von der regelmäßigen Anknüpfung zu machen, daß sie aber diese Ausnahme an bestimmte Voraussetzungen knüpft. Die Vorbehaltsklausel gibt zwar ein Eingriffsrecht, aber sie gibt es nicht unbeschränkt. Man kann daher die Voraussetzungen, die für das Eingreifen der Vorbehaltsklausel gegeben sein müssen, als berechtigend und zugleich beschränkend ansehen. Diese Voraussetzungen bilden zugleich einen Schutz gegen das ausländische Recht, aber auch gegen die Willkür in der Anwendung des eigenen Rechts. Die Vorbehaltsklausel soll das eigene materielle Recht schützen, aber auch garantieren, daß die kollisionsrechtlichen Bestimmungen nur ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen umgangen werden.

Die Aufgabe der Vorbehaltsklausel kann nur dann erfüllt werden, wenn sie zwar die Vorbehalte zugunsten eigener Rechtsprinzipien ermöglicht, zugleich aber die genauen Voraussetzungen, unter denen der Schutz dieser Prinzipien und der Eingriff in die Normalanknüpfung notwendig ist, festlegt. Jeder Versuch, eine Sonderanknüpfung außerhalb des *ordre public*-Vorbehalts und seiner Sicherheitskautelen zu vollziehen, verstößt demnach gegen die *ratio* des *ordre public*-Vorbehalts. Die Lehre von der *solution politique* läßt sich demnach wegen ihrer Umgehung der *ordre public*-Voraussetzungen nicht vertreten.

Für die Ablehnung der politischen Lösung spricht überdies das Bedenken gegen die Verfolgung von Zielen, die dem Gebiet des Staatsangehörigkeitsrechts zuzuordnen sind, mit zivilrechtlichen Mitteln ¹⁶⁵⁾. Zur Zeit der Einfügung des Artikels 18 II konnte ein Kind nur als eheliches Kind eines deutschen Vaters die deutsche Staatsangehörigkeit erlangen. Auf dem Umweg über die Beseitigung der ehelichen Kindschaft konnte das Kind, dessen Mutter mit einem Ausländer verheiratet war, zur deutschen Staatsangehörigkeit der Mutter gelangen. Das Bundesverwaltungsgericht hatte aus Gründen der Gleichberechtigung auch dem Kind einer deutschen Ehefrau die deutsche Staatsangehörigkeit zugesprochen, wenn es sonst staatenlos werden würde ¹⁶⁶⁾. Nunmehr lautet § 4 Absatz 2 des Reichs- und Staatsangehörig-

¹⁶⁵⁾ Beitzke, RabelsZ 23 (1958) 720, wendet sich dagegen, dem Kind lediglich aus staatsangehörigkeitsrechtlichen Gründen die Stellung eines ehelichen Kindes zu entziehen.

¹⁶⁶⁾ DÖV 1963, 468 f.

keitsgesetzes seit dem 19. 12. 1963: „Das eheliche Kind einer Deutschen erwirbt durch die Geburt die Staatsangehörigkeit der Mutter, wenn es sonst staatenlos sein würde¹⁶⁷⁾.“ Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes ist demnach nicht mehr die Voraussetzung dafür, daß ein Kind, das sonst staatenlos wäre, die deutsche Staatsangehörigkeit erhält. Will man jedoch auch für den Fall, daß das Kind einer deutschen Mutter die ausländische Staatsangehörigkeit des Ehemannes teilt, eine Beziehung des Kindes zum deutschen Staate herstellen, so muß das nicht auf dem Weg über die Ehelichkeitsanfechtung geschehen; vielmehr wäre an eine Änderung des Staatsangehörigkeitsrechts insoweit zu denken, als dem Kind einer deutschen Mutter zumindest das Wahlrecht eingeräumt werden sollte, auch die deutsche Staatsangehörigkeit neben der des ausländischen Vaters zu erhalten. Bei einer solchen Lösung wären die Bedenken gegen eine zwangsläufige Doppelstaatlichkeit ausgeräumt. Und überdies könnten *die* Kinder einer deutschen Mutter die deutsche Staatsangehörigkeit ebenfalls erhalten, die nicht von einem anderen als dem Ehemann der Mutter abstammen.

Da nach dem geltenden Recht der ungünstige Fall der Staatenlosigkeit des Kindes einer deutschen Mutter ausgeschlossen ist, besteht kein Grund mehr, die Sonderanknüpfung in Artikel 18 II aufrechtzuerhalten, um dem Kind die Möglichkeit zu geben, deutscher Staatsangehöriger zu werden.

Ergebnis

Da Artikel 18 II somit weder als *ordre public*-Vorbehalt noch aus politischen Gründen gerechtfertigt ist, sollte die Bestimmung *de lege ferenda* beseitigt werden.

Die Kritik an ihr sollte überdies Anlaß dazu sein, die Normalanknüpfung zu überprüfen, die für die Ehelichkeit eines Kindes gilt. Kegel¹⁾ weist daraufhin, daß Artikel 18 II als Ausnahme nicht zu halten sei; er meint jedoch, der Grundgedanke in Artikel 18 II, nämlich die Beachtung des Heimatrechts der Mutter, verdiene eine Ausdehnung. Dem ist zuzustimmen: die angreifbare Sonderanknüpfung in Artikel 18 II zeigt, daß auch die Normalanknüpfung der Kritik ausgesetzt ist. Sie lehnt sich zu einseitig an das Heimatrecht des Ehemannes an, anstatt eine Lösung zu finden, die die Interessen der Mutter mitberücksichtigt. Deshalb sollte eine Anknüpfung an eine

¹⁶⁷⁾ Vgl. Makarov, Zur Staatsangehörigkeitsnovelle vom 19. Dezember 1963, JZ 1964, 708 ff.

¹⁾ Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1964, 310

Rechtsordnung erwogen werden, zu der beide Ehegatten intensive Beziehungen haben. An dieser Stelle kann nicht entschieden werden, ob eine Anknüpfung an das Recht des Staates, in dem sich die Ehegatten gewöhnlich aufhalten, generell zu treffen ist, oder ob eine stufenweise Anknüpfung, die zuvor das gemeinsame Staatsangehörigkeitsrecht der Ehegatten berücksichtigt, nach den Vorschlägen des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht²⁾ vorzuziehen wäre.

²⁾ Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts, vorgelegt im Auftrag der Eherechtskommission des deutschen Rats für internationales Privatrecht von Lauterbach, 1962, 18.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ArchfbürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Cass. civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Cc	Code civil
Ch.	Law Reports, Chancery Division
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division
Cl. + Fin.	Clark and Finnelly's Reports
Clunet	Journal du droit international
Dalloz	Recueil Dalloz
Diss.	Dissertation
D.P.	Dalloz Périodique
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
Drew	Drewry's Reports
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
IPR	Internationales Privatrecht
JherJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

KG	Kammergericht
L.R.	Law Reports
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NAG	Schweizerisches Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter
NiemZeitschr.	Niemeyers Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	numéro
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Schweiz. Jahrbf. int. Recht	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
Schweiz. Jur. Z.	Schweizerische Juristenzeitung
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
STAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen. Das Standesamt
T.	tome
vgl.	vergleiche
vol.	volume
WP	Wahlperiode
ZföffR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZGB	Zivilgesetzbuch

LITERATURVERZEICHNIS

- Abraham, Die Doktrin der Public Policy, AcP 150 (1949) 385 ff.
- Alglave, Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile, 2^e éd. 1874
- Arminjon, Précis de Droit international privé commercial, 1948
- ders.; Précis de droit international privé, Band I, 3^e éd. 1947
- Bartin, Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence françaises, 1930
- ders.: Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale, Revue de Droit International et de Législation Comparée XXIX (1897) 385 ff, 613 ff.
- Bärwald, Der „ordre public“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Köln 1935
- Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 3^e éd. 1959
- Beitzke, Der deutsche Staatsanwalt im Statusprozeß von Ausländern, RabelsZ 23 (1958) 708 ff.
- ders.: Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht, Festschrift für Rudolf Smend, 1952, 1 ff.
- ders.: Grundgesetz und Internationalprivatrecht, 1961.
- ders.: Neuregelung der Ehelichkeitsanfechtung, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1961, 314 ff.
- ders.: Anmerkung zu Re Bischoffsheim, Jahrbuch für int. Recht 3 (1954) 166 ff.
- ders.: Hauptprobleme des interzonalen Privatrechts, JR 1952, 141 ff.
- ders.: Gleichheit von Mann und Frau, in: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II 1954, 199 ff.
- Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band II, 2. Abt., bearb. von Hegnauer, 1960
- Bireaud, Contributions à l'étude de l'ordre public en droit international privé, Thèse Aix-en-Provence 1932
- Boehmer, Zur Rechtsstellung der durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder, insbesondere zur Anfechtbarkeit des § 1593 BGB, NJW 1949, 52 ff.
- ders.: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Erstes Buch, 1950
- De Boor, Die Methode des englischen Rechts und die deutsche Rechtsreform, 1934
- Boyer, Eheliche Kindschaft, in: Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung, 1955, A. Französisches Recht, 235 ff; C. Rechtsvergleichung, 271 ff.

- Braga, Kodifikationsgrundsätze des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 23 (1958) 421 ff.
- ders.: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau und das deutsche internationale Privatrecht, MDR 1952, 266 ff.
- ders.: Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip? RabelsZ 18 (1953) 227 ff.
- Cheshire, Private International Law, Sixth ed. 1961
- Clemens, Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt, MDR 1947, 221 ff.
- Comité Français de Droit International Privé, La codification du droit international privé, Discussion de l'avant-projet de la Commission de réforme du Code Civil (20—21 mai 1955), 1956
- David, Traité élémentaire de droit civil comparé, 1950
- Despagnet, L'ordre public en droit international privé, Clunet 1889, 5 ff, 207 ff.
- Dicey-Keith, Conflict of Laws, 7 th ed. 1958
- Dieckmann, Die Handschuhehe deutscher Staatsangehöriger nach deutschem internationalen Privatrecht, 1959
- Dietrich, Zur Geltung nationalen Rechts im internationalen Rechtsverkehr, JW 1938, 2606 f.
- Dölle, Gegenwärtige Aufgaben der deutschen Wissenschaft vom internationalen Privatrecht, 5. Beiheft zur DRZ 1948, 3 ff.
- ders.: Der ordre public im IPR, 1950
- ders.: Die Entwicklung des deutschen Familienrechts nach Inkrafttreten von Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz, in: Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung, 1955, 663 ff.
- ders.: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, 19 ff.
- Drobnig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, 1959
- Egger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Das Familienrecht, 2. Aufl. 1943
- Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I, 1. Hälfte, 2. Aufl. 1951
- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959
- Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1962
- Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956
- ders.: Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 1953, 521 ff.
- Fasching, Das Verfahren zur Feststellung der ehelichen und unehelichen Abstammung, 1955
- Ferid, Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen, Festschrift für Dölle, Band II 1963, 119 ff.
- Ficker, Grundfragen des deutschen interlokalen Rechts, 1952
- Foster, La théorie Anglaise du Droit International Privé, Rec. des Cours 65 (1938) III 395 ff.

- Frankenstein, Internationales Privatrecht (Grenzrecht) Band I 1926
- ders.: Une doctrine moderne du Droit international privé, *Revue de Droit International Privé* XXVII (1932) 47 ff.
- ders.: Tendances nouvelles du droit international privé, 1931
- Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht) 1959
- ders.: Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt, *Rabels Z* 21 (1956) 257 ff.
- Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 1964
- Gesler, § 328 ZPO, ein Beitrag zu der Lehre von der zwingenden Natur der Kollisionsnormen, 1933
- Giesker-Zeller, Der ordre public international in der Schweiz, *Schweiz. Jur. Zeitung* 16 (1917/1918) 133 ff.
- Graulich, Principes de droit international privé, 1961
- Graveson, *The Conflict of Laws*, fourth ed. 1960
- Guggemos, Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt, *SJZ* 1948, 247 ff.
- Gutzwiller, Internationalprivatrecht, 1930
- Hagemeyer, Das Familienrecht seit dem 1. April 1953, *NJW* 1953, 601 ff.
- dies.: Zum Familienrechtsänderungsgesetz, Informationen für die Frau 7 (1958) Nr. 12 S. 4 ff.
- Henrich, Zur Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes im Internationalen Privatrecht, *FamRZ* 1958, 122 ff.
- Holleaux, Ehescheidung und Ehetrennung, in: *Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung*, 1955, 149 ff.
- Hübner, Gleiche Rechte für Mann und Frau, 14. Beiheft zur *DRZ* 1950, 43 ff.
- Kahn, Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht, *Jher. Jahrb.* 39 (1898) 1 ff.
- ders.: Die einheitliche Kodifikation des Internationalen Privatrechts durch Staatsverträge, 1904
- Kegel, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1964
- ders.: Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht, *Festschrift für Hans Lewald* 1953, 259 ff.
- Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Das Familienrecht, 7. Aufl. 1931
- Klein, Abhandlungen aus dem Internationalen Privatrecht (Die Lehre vom ordre public), *Arch. f. bürgerl. R.* 29 (1906) 311 ff.
- Klein, Haben die deutschen Vorschriften über Pflichtteilsrecht und Erbunwürdigkeit für das internationale Privatrecht einen zwingenden Charakter? *Niem. Zeitschr.* XIII (1903) 87 ff.
- Knight, Public Policy in English Law, *Law Quarterly Review*, XXXVIII (1922) 207 ff.
- Kramer, Ordre public und Arbeitsvertrag, *Diss. Köln* 1933
- Kronstein, Crisis of „The Conflict of Laws“, *Georgetown Law Journal*, 1949, 483 ff.
- Kulig, Die Exklusivregel des Art. 30 EGBGB, *Diss. Kiel* 1911

- Lalive, Anm. zum Entscheid des Bundesgerichts vom 3. Okt. 1952, Schweiz. Jahrb. f. Int. Recht XII (1955) 241 ff.
- Lerebours-Pigeonnière-Loussouarn, *Droit international privé*, 8. Aufl. 1962
- Lewald, *Das deutsche internationale Privatrecht auf der Grundlage der Rechtsprechung*, 1930
- ders.: Die staatsvertragliche Regelung der International-privatrechtlichen Vorbehaltsklausel, Mitt. der dt. Ges. f. Völkerrecht Heft 7 (1926) 47 ff.
- ders.: *Règles générales des conflits de lois*, 1941
- Lipstein, Legitimacy and Legitimation in English Private International Law, Festschrift für Ernst Rabel, Band I 1954, 611 ff.
- Lloyd, *Public Policy*, 1953
- Louis-Lucas, Remarques sur l'ordre public, *Revue de Droit International Privé* XXVIII (1933) 393 ff.
- Makarov, Der allgemeine Teil des Internationalen Privatrechts im Entwurf des neuen französischen Kodifikationswerkes, Festschrift für Martin Wolff, 1952, 247 ff.
- ders.: Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht, *RabelsZ* 17 (1952) 382 ff.
- ders.: Zur Staatsangehörigkeitsnovelle vom 19. Dezember 1963, *JZ* 1964, 708 ff.
- Mancini, *Della nazionalità come fondamento de diritto delle genti*, 1851
- ders.: De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux un certain nombre de règles générales du Droit international privé, *Clunet* 1874, 221 ff, 285 ff.
- Marti, Der Vorbehalt des eigenen Rechts im internationalen Privatrecht der Schweiz (ordre public) 1940
- Massfeller, Das Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 12. April 1938, *JW* 1938, 1217 ff.
- Maurv, L'éviction de la loi internationale normalement compétente: L'ordre public international et la fraude à la loi, 1952
- ders.: L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand, *Revue critique* 1954, 7 ff.
- Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, 1932
- Mercier, De l'ordre public en droit international, *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, 1911, 161 ff.
- Morris, The recognition of polygamous marriages in English Law, Festschrift für Martin Wolff, 1952, 287 ff.
- Moutier, Du conflit de lois étrangères avec les lois d'ordre public françaises, 1891
- Müller-Freienfels, Legal Equality of Husband and Wife and the Child's Welfare in Private International Law, Festschrift für Roscoe Pound, 1962, 595 ff.
- ders.: Scheidungsstatut und Gleichberechtigung, *JZ* 1957, 141 ff.
- ders.: Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht, *AcP* 156 (1957) 522 ff.

- ders.: Besprechung von: Das Internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs in vergleichender Darstellung, *RabelsZ* 22 (1957) 735 ff.
- Neuhaus, Familieneinheit im Internationalen Privatrecht? *RabelsZ* 20 (1955) 52 ff.
- ders.: Die Krise im internationalen Privatrecht, *DRZ* 1948, 86 f.
- ders.: Zur zivilrechtlichen Gleichstellung der Ehefrau außerhalb des BGB, *JZ* 1952, 523 f.
- ders.: Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 1962.
- Neumayer, Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel, *Festschrift für Dölle*, Band II, 1963, 179 ff.
- Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Band V 1948.
- Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl. 1961.
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 23. Aufl. 1964.
- Pillet, *De l'ordre public en droit international privé*, 1890, in: *Mélanges Antoine Pillet*, 1929, 407 ff.
- ders.: *Traité pratique de Droit international privé*, I, 1923.
- Le Vicomte Pouillet, *Manuel de droit international privé belge*, 2^e éd. 1928.
- Raape, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl. 1961.
- Rabel, *The Conflict of Laws*, Vol. One, sec. ed. 1958.
- Roquette, Die Rechtsstellung des Staatsanwalts bei der Anfechtung der Ehelichkeit, *DR* 1940, 1556 ff.
- Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Band VIII, 1956 (Nachdruck der Ausgabe von 1849).
- Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4. Aufl. 1957.
- ders.: Bedarf das schweizerische internationale Privatrecht eines neuen Gesetzes? *Schweiz. Jahrb. f. int. Recht* XII (1955) 55 ff.
- Schwarzhaupt, Das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961, *FamRZ* 1961, 329 ff.
- Schwind, *Kommentar zum österreichischen Eherecht*, 1951.
- Serick, Wandlungen im französischen Scheidungsrecht und ihre Bedeutung für den deutschen Richter, *FamRZ* 1955, 311 ff.
- Siegrist, Gleichberechtigung von Mann und Frau und Internationales Privatrecht, *RabelsZ* 24 (1959) 54 ff.
- Simitis, K., *Gute Sitten und ordre public*, 1960.
- Soergel-Siebert, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, V. Band, 9. Aufl. 1961.
- Solodovnikoff, *L'ordre public en droit international privé dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*, Thèse Paris 1936.
- Sonnenberger, Die Ehelichkeitsanfechtung bei amerikanischer Staatsangehörigkeit der Beteiligten, *FamRZ* 1964, 238 ff.
- Steindorff, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, 1958.
- Valéry, *Examen critique des remarques sur l'ordre public de M. Pierre Louis-Lucas*, *Revue de Droit International et de Législation comparée* XV (1934) 194 ff.

- ders.: Manuel de Droit International Privé, 1914.
- Vallindas, Der Vorbehalt des ordre public im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 18 (1953) 1 ff.
- Vischer, Der Richter als Gesetzgeber im Internationalen Privatrecht, Schweiz. Jahrb. f. int. Recht XII (1955) 75 ff.
- De Vos, Le problème des conflits de lois, 1946.
- Walker, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1922.
- Weiss, Traité élémentaire de Droit international privé, 2^e éd. 1890.
- Wengler, Die Funktion der richterlichen Entscheidung über die internationalen Rechtsverhältnisse, RabelsZ 16 (1951) 1 ff.
- ders.: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen, ZföffRcht 23 (1944) 473 ff.
- ders.: Besprechung von: Steindorff, Sachnormen im internationalen Privatrecht, AcP 158 (1960) 543 ff.
- Wolff, M., Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954.
- ders.: Private International Law, sec. ed. 1950.
- Zitelmann, Internationales Privatrecht, Erster Band 1897.
- Zweigert, Die dritte Schule im internationalen Privatrecht, Festschrift für Leo Raape, 1948, 35 ff.

Lebenslauf

Am 7. Mai 1934 wurde ich als Tochter des Stadtrats Dr. rer. pol. Walter Leiske und seiner Ehefrau Edith geb. Brederick in Leipzig geboren.

Nach Volksschuljahren in Berlin, der Mark Brandenburg und Mecklenburg und dem Besuch des Bettina-Realgymnasiums in Frankfurt am Main legte ich im März 1954 die Reifeprüfung ab. Nach einem siebensemestrigen Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten in Frankfurt und Bonn bestand ich im Februar 1958 die erste und nach Ableistung des juristischen Vorbereitungsdienstes im August 1962 die Große Juristische Staatsprüfung.

Seit Oktober 1962 bin ich als wissenschaftliche Assistentin im Institut für vergleichendes Privat- und Prozeßrecht an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main tätig.

